



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1996 Vol. 3

1^{er} cahier, 1996 Vol. 3

Cited as [1996] 3 S.C.R. 3-210

Renvoi [1996] 3 R.C.S. 3-210

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)..... 84

Municipal law — Taxation — Business tax — Exemption — Legal Aid Bureau — Whether Quebec municipal commission's decision refusing to grant a business tax exemption to legal aid bureau patently unreasonable — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 236.

Michaud v. Quebec (Attorney General)..... 3

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Access to recordings made during wiretap — Whether person who was under electronic surveillance but not subsequently charged may have access to sealed packet and to recordings made during wiretap — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 187(1)(a)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville) 84

Droit municipal — Taxation — Taxe d'affaires — Exemption — Bureau d'aide juridique — Le refus de la Commission municipale du Québec d'accorder l'exemption de taxe d'affaires au bureau d'aide juridique était-il une décision manifestement déraisonnable? — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 236.

Michaud c. Québec (Procureur général)..... 3

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Accès aux enregistrements obtenus durant l'écoute — Une personne qui a fait l'objet d'écoute électronique mais qui n'a pas été accusée par la suite peut-elle avoir accès au paquet scellé et aux enregistrements obtenus durant l'écoute? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Adams 101

Constitutional law — Aboriginal rights — Native fishing on traditional fishing area without a licence — Licence only available on application for exercise of ministerial discretion — Title alleged to be extinguished either by flooding or by treaty — Whether aboriginal rights are inherently based in claims to land — Whether claims to land are simply one manifestation of a broader-based concept of aboriginal rights — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852, ss. 4(1), 5(9) — Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

R. v. Côté..... 139

Constitutional law — Aboriginal rights — Natives teaching traditional fishing techniques — Charge of fishing without licence laid — Incident occurring in traditional fishing area — Whether an aboriginal fishing or other right must be necessarily incident to a claim of aboriginal title in land — Whether an aboriginal right may exist independently of a claim of aboriginal title — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Constitutional law — Aboriginal rights — Quebec — Aboriginal law not recognized by French colonial regime prior to transition to British sovereignty — Whether constitutional protection extends to aboriginal practices, customs and traditions of Quebec natives — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Quebec Act, 1774, R.S.C., 1985, App. II, No. 2 — Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Constitutional law — Aboriginal rights — Treaty right to fish — Division of powers — Natives entering a provincial controlled harvest zone by motorized vehicle — Provincial regulation requiring payment of fee for such entry — Fee directly tied to cost of roads and infrastructure — Entry by other modes of transportation free — Whether a provincial regulation infringing a treaty right to fish was of no force or effect given the overlapping statutory and constitutional protection extended to treaty rights from provincial legislation under both s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and s. 88 of the Indian Act — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88 — Regulation respecting controlled zones, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), ss. 5, 5.1.

Practice — Defective information — Amendment — Information indicating wrong section — Parties aware of infraction notwithstanding defect — Whether the information should be amended by this Court — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 601 — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 66(1), 82, 90, 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48.

R. v. Knox 199

Criminal law — Blood test — Consent — Demand for blood test made of suspected impaired driver — Standard demand

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

art. 187(1)(a)(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. Adams 101

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autochtone pêchant sans permis dans une zone de pêche traditionnelle — Pour obtenir un permis, il faut demander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire — Le titre aurait été éteint soit par traité soit par suite de la submersion des terres visées — Les droits ancestraux se rattachent-ils intrinsèquement à la revendication d'un territoire? — Les revendications territoriales ne sont-elles que la manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852, art. 4(1), 5(9) — Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

R. c. Côté..... 139

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autochtones enseignant les méthodes traditionnelles de pêche — Dépôt d'une accusation d'avoir pêché sans permis — L'incident s'est produit dans un territoire de pêche traditionnel — Les droits de pêche ancestraux ou autres droits ancestraux sont-ils nécessairement des accessoires de la revendication d'un titre aborigène sur un territoire? — Un droit ancestral peut-il exister indépendamment d'une telle revendication? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Québec — Les droits ancestraux n'étaient pas reconnus par le régime colonial français avant la transition à la souveraineté britannique — La protection de la Constitution s'étend-elle aux coutumes, pratiques et traditions des autochtones du Québec? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Acte de Québec de 1774, L.R.C. (1985), app. II, n° 2 — Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de pêche issu de traité — Partage des pouvoirs — Des autochtones sont entrés en véhicule automobile dans une zone d'exploitation contrôlée provinciale — Droits d'entrée requis par un règlement provincial — Droits directement liés aux coûts des infrastructures routières — Possibilité d'entrer gratuitement par d'autres moyens de transport — Un règlement provincial portant atteinte à un droit de pêche issu de traité est-il inopérant en raison de la double protection, de nature législative et constitutionnelle, dont jouissent, en vertu de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens, les droits issus de traités à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88 — Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), art. 5, 5.1.

Pratique — Dénonciation défectueuse — Modification — Dénonciation n'indiquant pas le bon article — Parties au cou-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

not mentioning requirements that assurances be made that the blood samples will only be taken by a qualified medical practitioner and that taking the samples would neither harm the suspect's health nor endanger the suspect's life — Whether the driver's consent was an essential element to be proved by the Crown in obtaining the driver's blood sample pursuant to s. 254(3) of the Criminal Code — Whether blood sample demand, absent the assurances, complied with the requirements of s. 254(4) of the Code — If not, what were the ramifications? — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3), (4), (5), 255(1), (2), 691(2)(a).

SOMMAIRE (Fin)

rant de l'infraction malgré la dénonciation défectueuse — La Cour devrait-elle modifier la dénonciation? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 601 — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., ch. P-15, art. 66(1), 82, 90, 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48.

R. c. Knox 199

Droit criminel — Analyse sanguine — Consentement — Ordre de subir une analyse sanguine donné à un conducteur soupçonné d'avoir conduit en état d'ébriété — Ordre type ne comportant pas les garanties requises que les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié et que ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé du suspect — Le consentement du conducteur constituait-il un élément essentiel dont le ministère public devait faire la preuve pour obtenir l'échantillon de sang de ce conducteur conformément à l'art. 254(3) du Code criminel? — L'ordre de fournir un échantillon de sang, sans les garanties, satisfaisait-il aux exigences de l'art. 254(4) du Code? — Sinon, quelles en étaient les ramifications? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 254(3), (4), (5), 255(1), (2), 691(2)a).

Marc Michaud *Appellant*

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent*

and

The Attorney General of Canada and the Canadian Bar Association *Interveners*

INDEXED AS: MICHAUD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 23764.

1996: January 25; 1996: September 12.

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

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT FOR QUEBEC

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Access to recordings made during wiretap — Whether person who was under electronic surveillance but not subsequently charged may have access to sealed packet and to recordings made during wiretap — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 187(1)(a)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The appellant, a lawyer, was the target of an authorized wiretap as part of a police investigation into the leak of confidential government documents. During the investigation, his house was searched, pursuant to a search warrant, and he was arrested and detained without the benefit of counsel. A superior court judge found that both the search and the detention were unreasonable and unlawful. No criminal charges were laid against the appellant. Informed of the wiretap authorization in accordance with s. 196 of the *Criminal Code*, the appellant filed a motion requesting a judicial order to open the sealed packet as well as copies of the police tapes of his private communications. In his motion, the appellant stated that he intended to file a civil action to obtain compensation for the damage he claimed to have suffered as a result of the police action against him. He also stated that he had reasonable grounds to believe that the

Marc Michaud *Appellant*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé*

et

Le procureur général du Canada et l'Association du Barreau canadien *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MICHAUD c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 23764.

1996: 25 janvier; 1996: 12 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Accès aux enregistrements obtenus durant l'écoute — Une personne qui a fait l'objet d'écoute électronique mais qui n'a pas été accusée par la suite peut-elle avoir accès au paquet scellé et aux enregistrements obtenus durant l'écoute? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187(1)(a)(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

L'appelant, qui est avocat, a été la cible d'une écoute électronique autorisée dans le cadre d'une enquête policière sur la fuite de documents confidentiels du gouvernement. Durant l'enquête, sa maison a été perquisitionnée en vertu d'un mandat de perquisition et il a été arrêté et détenu sans bénéficier des services d'un avocat. Un juge de cour supérieure a conclu que la perquisition et la détention étaient abusives et illégales. Aucune accusation criminelle n'a été portée contre l'appelant. Informé de l'autorisation d'écoute électronique conformément à l'art. 196 du *Code criminel*, l'appelant a déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance judiciaire pour faire ouvrir le paquet scellé ainsi que des copies des bandes magnétiques sur lesquelles les policiers avaient enregistré ses communications privées. Dans sa requête, l'appelant alléguait avoir l'intention de déposer devant un tribunal civil une action en dom-

application for authorization did not refer to his status as a lawyer, contrary to s. 185(1)(e) of the *Code*. Finally, he claimed that the electronic surveillance conducted against him did not comply with the requirements of Part VI of the *Code*. The judge examined the documents in the sealed packet *in camera* and assured the appellant that his status as a lawyer was mentioned therein. He also said that the appellant's motion was premature since he was neither an accused nor a plaintiff in a civil action. The judge denied the motion, holding that where the request for access under s. 187(1)(a)(ii) of the *Code* originates from a non-accused target, the *Code* requires that such authorizations remain confidential. He left open the possibility that such a request might be entertained by the judge who presided over the civil suit. This Court granted leave to appeal from that judgment pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: A judge is entitled to examine the contents of the packet in private for the restricted purpose of adjudicating a s. 187(1)(a)(ii) application. The confidentiality interests underlying the provision are simply not triggered when a competent judicial authority examines the contents of the packet *in camera*. As illustrated in this instance, such an examination would be helpful in promptly disposing of a motion for access where the alleged deficiencies of the application are simply not borne out on the face of the application. If an order for access is not issued, the relevant materials would be returned to the packet, with no disclosure of the contents to parties.

Since the advent of the *Charter*, the target of a wire-tap authorization who subsequently faces criminal prosecution on the basis of intercepted communications is automatically entitled to gain access to the materials within the packet, subject only to the Crown's right to apply to have the materials edited. The discretion vested under s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* must be exercised systematically in favour of access to give effect to an accused's right to full answer and defence under s. 7 of the *Charter* and an accused's right to challenge the admission of potentially unlawfully intercepted evidence under ss. 8 and 24(2) of the *Charter*. However, the pre-*Charter* interpretation of s. 187(1)(a)(ii) continues to operate in relation to non-

mages-intérêts pour le préjudice qu'il prétendait avoir subi par suite des agissements des autorités policières. De plus, il alléguait avoir des motifs raisonnables de croire que la demande d'autorisation ne mentionnait pas sa qualité d'avocat, contrairement à l'al. 185(1)(e) du *Code*. Finalement, il alléguait que la surveillance électronique dont il avait fait l'objet ne respectait pas les exigences de la partie VI du *Code*. Le juge a pris connaissance à huis clos des documents placés dans le paquet scellé et a certifié à l'appelant que sa qualité d'avocat y était mentionnée. De plus, il a précisé que la requête de l'appelant était à ce stade prématurée, puisqu'il n'était alors ni accusé ni demandeur dans une action civile. Le juge a rejeté la requête, statuant que, lorsque la demande d'accès visée au sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code* est présentée par une cible qui n'a pas été accusée, le *Code* exige que de telles autorisations restent confidentielles. Il n'a pas écarté la possibilité que cette demande puisse être modifiée par le juge présidant le procès civil. Notre Cour a accordé l'autorisation d'en appeler de ce jugement en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Un juge a le droit d'examiner le contenu du paquet en privé dans le but restreint de trancher une demande fondée sur le sous-al. 187(1)(a)(ii). Le droit à la confidentialité qui sous-tend la disposition n'est tout simplement pas mis en jeu quand une autorité judiciaire compétente examine le contenu du paquet à huis clos. Comme le montre bien la présente affaire, un tel examen serait utile pour disposer rapidement d'une demande d'accès lorsque les lacunes alléguées de la demande ne ressortent pas à sa lecture même. Si le tribunal ne rendait pas d'ordonnance d'accès, les documents pertinents seraient remis dans le paquet et son contenu ne serait pas divulgué aux parties.

Depuis l'adoption de la *Charte*, la cible d'une autorisation d'écoute électronique qui fait face ensuite à des poursuites criminelles fondées sur les communications interceptées a automatiquement le droit d'avoir accès aux documents qui se trouvent dans le paquet, sous réserve seulement du droit du ministère public de demander la révision des documents. Le pouvoir discrétionnaire accordé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code criminel* doit être exercé systématiquement en favorisant l'accès au paquet pour donner effet au droit de l'accusé à une défense pleine et entière prévu à l'art. 7 de la *Charte* et à son droit de contester, en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*, l'admission d'éléments de preuve qui pourraient avoir été inter-

accused. Where a former surveillance target applies for access in the absence of any threat of criminal prosecution, different considerations apply. Parliament clearly intended that the state's pressing interest in confidentiality of the packet should represent the dominant consideration in the exercise of this discretion. In light of the crucial fact that a competent judge will have already examined and approved a surveillance application prior to the wiretap, Canadian courts have properly concluded that the statutory discretion to open the packet should normally only be exercised upon a preliminary showing which suggests that the initial authorization was obtained in an unlawful manner. An interested non-accused party who seeks access to the packet must thus demonstrate more than a mere suspicion of police wrongdoing; he will normally be compelled to produce some evidence which suggests that the authorization was procured through fraud or wilful non-disclosure by the police.

The settled, purposive interpretation of s. 187(1)(a)(ii) with respect to non-accused targets should not be altered in light of s. 8 of the *Charter*. While an individual has an important and vital right to the disclosure of governmental information in order to effectuate his substantive constitutional rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*, this right does not compel absolute access to confidential information held by the state where the individual does not face the jeopardy of the criminal process. The existing judicial interpretation of s. 187(1)(a)(ii) strikes an appropriate balance between the individual's interest in contesting the validity of an authorized interception of communications and the public's interest in the confidentiality of law enforcement techniques and police informers. Under Part VI, where an individual receives notice of an interception under s. 196(1), a judge will have already examined the original wiretap application and supporting affidavits and have concluded that they demonstrate reasonable and probable grounds for a search. In light of the existence of prior authorization in addition to the other procedural and substantive protections contained within Part VI of the *Code*, Canadian courts have adequately balanced the relevant interests in concluding that the statutory discretion to open the packet should normally only be exercised in favour of a non-accused target upon some evidence that the initial authorization was obtained in an

ceptés illégalement. Cependant, l'interprétation du sous-al. 187(1)(a)(ii) qui prévalait avant l'adoption de la *Charte* vaut toujours dans le cas d'une personne qui n'a pas été accusée. Lorsqu'une personne qui a été la cible d'une surveillance demande l'accès au paquet scellé en l'absence de tout risque de poursuites criminelles, différentes considérations s'appliquent. Le législateur a manifestement voulu que la question prédominante dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire soit l'intérêt urgent de l'État à ce que soit respecté le caractère confidentiel du paquet. Compte tenu du fait important qu'un juge compétent aura déjà examiné et approuvé une demande de surveillance avant son exécution, les tribunaux canadiens ont eu raison de conclure que le pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet prévu par la loi ne devrait normalement être exercé qu'après la présentation d'une preuve préliminaire indiquant que l'autorisation initiale aurait été obtenue illégalement. Une partie intéressée non accusée qui cherche à avoir accès au paquet doit démontrer qu'il existe plus qu'un simple soupçon que les policiers ont mal agi; elle sera habituellement tenue de produire certains éléments de preuve semblant indiquer que l'autorisation a été obtenue par fraude ou en raison d'une non-divulgarion volontaire par la police.

L'interprétation constante, fondée sur l'objet, du sous-al. 187(1)(a)(ii) relativement aux cibles qui n'ont pas été accusées ne devrait pas être modifiée en fonction de l'art. 8 de la *Charte*. Bien qu'une personne ait un droit important et vital à la divulgation de renseignements gouvernementaux afin de réaliser les droits constitutionnels substantiels que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*, ce droit n'impose pas un accès absolu à des renseignements confidentiels détenus par l'État lorsque la personne ne risque pas de poursuites criminelles. L'interprétation actuelle du sous-al. 187(1)(a)(ii) par les tribunaux établit un bon équilibre entre le droit de l'individu de contester la validité d'une interception autorisée de communications et le droit du public à la confidentialité des méthodes d'application de la loi et de l'identité des indicateurs de police. En vertu de la partie VI, lorsqu'une personne est avisée conformément au par. 196(1) qu'il y a eu interception, un juge aura déjà examiné la demande initiale d'écoute électronique et les affidavits à l'appui et aura conclu qu'ils démontreraient l'existence d'un motif raisonnable et probable pour justifier une perquisition. Compte tenu de l'existence d'une autorisation préalable en plus des autres protections contenues dans la partie VI du *Code* sur le plan de la procédure et du fond, les tribunaux canadiens ont bien pondéré les intérêts pertinents en concluant que le pouvoir discrétionnaire prévu par la loi d'ouvrir le paquet ne

unlawful manner. Accordingly, under a purposive and contextual interpretation of the *Charter*, the prevailing interpretation of the judicial power to open a sealed packet under s. 187(1)(a)(ii), as applied to a request for access by a non-accused target of electronic surveillance, does not offend s. 8.

Here, the judge erred in automatically rejecting the appellant's motion to open the sealed packet. A non-accused target may apply for an order under s. 187(1)(a)(ii) and bring such a motion before the filing of his civil suit. The judge failed to accord the appellant an adequate opportunity to make a preliminary showing which tends to indicate that the initial authorization was obtained in an unlawful manner.

In light of the legislative history of the similar wording of s. 187(1.3) of the *Code*, adopted in 1993, the scope and content of judicial discretion under that section are identical to the discretion vested by its predecessor, s. 187(1)(a)(ii). Accordingly, the result and reasoning in this case would have been the same had the appellant's motion been governed by s. 187(1.3). Parliament adopted a mandatory regime of disclosure with editing for an accused person, but specifically chose to preserve a discretionary regime of disclosure in addressing applications by non-accused persons.

Outside a criminal proceeding, the *Criminal Code* does not provide a former surveillance target with any avenue for disclosure of the recording materials. The judicial power under s. 187(1)(a)(ii) to grant disclosure to the packet does not encompass disclosure of the recording materials. Notwithstanding the silence of the *Code*, however, if the non-accused target is successful in securing access to the packet under s. 187(1)(a)(ii), he may then seek access to the recording materials upon a new motion in a subsequent proceeding. The procedure outlined by *La Forest and Sopinka JJ.* for subsequent disclosure of the recording materials is substantially adopted. This procedure, by establishing a mechanism for disclosure which reflects the actual relevance of the recording materials to an action for damages for unlawful interception of private communications, reaches an appropriate balance between the individual's interest in

devrait normalement être exercé en faveur d'une cible qui n'a pas été accusée que s'il existe certains éléments de preuve que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement. Par conséquent, dans le cadre d'une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet et le contexte, l'interprétation couramment donnée du pouvoir du juge d'ouvrir un paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), ainsi qu'elle est appliquée à une demande d'accès présentée par une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée, ne contrevient pas à l'art. 8.

En l'espèce, le juge a commis une erreur en rejetant automatiquement la requête présentée par l'appellant pour faire ouvrir le paquet scellé. Une cible non accusée peut demander une ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), et elle peut présenter une telle requête avant de déposer sa poursuite civile. Le juge n'a pas accordé à l'appellant la possibilité de présenter une preuve préliminaire tendant à indiquer que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement.

Compte tenu des antécédents législatifs du libellé similaire du par. 187(1.3) du *Code*, adopté en 1993, la portée et le contenu du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par cette disposition sont identiques à ceux du pouvoir discrétionnaire conféré par le texte législatif antérieur, le sous-al. 187(1)(a)(ii). Par conséquent, on arriverait au même résultat et au même raisonnement dans le présent pourvoi si la demande de l'appellant était régie par le par. 187(1.3). Le législateur a adopté un régime obligatoire de divulgation avec révision dans le cas d'une personne accusée, mais il a choisi précisément de préserver un régime discrétionnaire de divulgation à l'égard des demandes présentées par des personnes qui n'ont pas été accusées.

En dehors d'une procédure criminelle, le *Code criminel* ne prévoit pour la personne qui a été la cible d'une surveillance aucun moyen d'obtenir la divulgation des enregistrements. Le pouvoir conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii) d'accorder la divulgation du contenu du paquet n'englobe pas la divulgation des enregistrements. Toutefois, malgré le silence du *Code*, si elle obtient l'accès au paquet en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), la cible non accusée peut alors demander l'accès aux enregistrements en présentant une nouvelle requête dans une procédure subséquente. La procédure énoncée par les juges *La Forest et Sopinka* pour la divulgation subséquente des enregistrements est adoptée pour l'essentiel. Cette procédure, en établissant un mécanisme de divulgation qui reflète la pertinence véritable des enregistrements dans le cas d'une action en dommages-intérêts pour interception illégale de communications privées,

vindicating his rights under ss. 8 and 24(1) of the *Charter* and the state's proprietary interest in the fruits of its confidential investigations. In this case, since a non-accused target may only seek disclosure of the recording materials in a separate proceeding following the grant of an order opening the sealed packet, the judge did not err in denying at this stage the appellant's request for access to the tapes and transcripts produced as a result of the electronic surveillance.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons and result of Lamer C.J. are agreed with. In addition, the rationale underlying the minority opinions in *Durette*, *Dersch* and *Garofoli* should also apply *a fortiori* to a target who is not an accused.

Per La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ.: Since the advent of the *Charter*, a person who was under electronic surveillance and was subsequently charged has been automatically entitled to access to the sealed packet, subject to the editing power of the judge to whom the application was made. This right to access derives both from s. 8 of the *Charter*, which guarantees everyone the right to be secure against unreasonable search or seizure, and from ss. 7 and 11(d), which guarantee an accused the right to make full answer and defence. However, the wording of the former s. 187 of the *Criminal Code* does not limit access to the sealed packet to accused targets. Rather, in enacting s. 187, Parliament intended to confer an unlimited discretion on the courts, leaving it to them to determine the circumstances in which access to the sealed packet is justified and the extent to which it should be authorized. Section 8 of the *Charter* gives non-accused targets, like accused targets, a constitutional right of access to the sealed packet, subject to the power of the judge to whom the application for access is made to edit the documents for reasons of public policy and public interest. Accordingly, because of the constitutional imperatives of s. 8, a judge to whom a non-accused target applies for access can exercise his or her discretion judicially only by granting access to the sealed packet, subject to the judge's power to edit. The scope of the protection conferred on everyone by s. 8 cannot, in this context, vary depending on whether the person who has that protection is or is not an accused.

Nor does the new wording of s. 187 adopted in 1993 limit access to the sealed packet to accused targets.

atteint un juste équilibre entre l'intérêt de l'individu à faire valoir les droits que lui garantissent l'art. 8 et le par. 24(1) de la *Charte*, et le droit de propriété de l'État sur le produit de ses enquêtes confidentielles. En l'espèce, puisqu'une cible qui n'a pas été accusée ne peut demander la divulgation des enregistrements que dans une procédure distincte à la suite de l'octroi d'une ordonnance pour l'ouverture du paquet scellé, le juge n'a pas commis d'erreur en rejetant à ce stade la demande de l'appelant pour avoir accès aux bandes magnétiques et aux transcriptions résultant de la surveillance électronique.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs et la conclusion du juge en chef Lamer sont acceptés. De plus, le raisonnement qui sous-tend l'opinion minoritaire dans les arrêts *Durette*, *Dersch* et *Garofoli* devrait s'appliquer *a fortiori* à une cible qui n'est pas un accusé.

Les juges La Forest, Sopinka, Cory et Major: Une personne qui a fait l'objet d'une surveillance électronique et qui a été subséquemment accusée a, depuis l'avènement de la *Charte*, un droit d'accès automatique au contenu du paquet scellé, sous réserve du pouvoir de révision du juge saisi de la demande. Ce droit d'accès découle tant de l'art. 8 de la *Charte*, qui garantit à toute personne la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, que de l'art. 7 et de l'al. 11d), qui garantissent à l'accusé le droit à une défense pleine et entière. Le libellé de l'ancien art. 187 du *Code criminel* ne restreint toutefois pas l'accès au paquet scellé aux seules cibles qui ont été accusées. En adoptant cet article, le législateur a plutôt voulu conférer aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire illimité, leur laissant le soin d'établir dans quelles circonstances l'accès au contenu du paquet scellé est justifié et dans quelle mesure il doit être autorisé. Tout comme à l'égard d'une cible qui a été accusée, l'art. 8 de la *Charte* confère aux cibles qui ne l'ont pas été le droit constitutionnel d'avoir accès au contenu du paquet scellé, sous réserve du pouvoir du juge saisi de la demande d'accès de réviser les documents pour des considérations d'ordre et d'intérêt publics. En raison des impératifs constitutionnels de l'art. 8, le juge saisi d'une demande d'accès d'une cible qui n'a pas été accusée ne peut donc exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire qu'en permettant l'accès au contenu du paquet scellé, sous réserve de son pouvoir de révision. L'étendue de la protection accordée à tous par l'art. 8 ne peut fluctuer, dans le présent contexte, selon que le bénéficiaire de cette protection est accusé ou n'est pas accusé.

Le nouveau libellé de l'art. 187 adopté en 1993 ne limite pas non plus l'accès au contenu du paquet scellé

Based on a comparative analysis of the old and new wordings and an examination of the immediate legislative context, there is no doubt as to Parliament's intention. In making these amendments, Parliament chose to impose a legislative framework on the exercise of a discretion. However, it did so only with respect to applications for access made by accused targets, while opting to allow the judicial discretion conferred by the legislation with respect to applications by other persons to remain unlimited.

The right of a target, whether accused or non-accused, to access to the sealed packet is not absolute, even when considered from a constitutional perspective, and can be limited when it is in the public interest to do so. Thus, documents in the sealed packet can be edited in accordance with the criteria approved and procedure outlined in *Garofoli*. Although an accused target's right of access arises from a combination of ss. 7 and 11(d) of the *Charter* as well as from s. 8, this does not mean that an accused target has a broader right of access than a non-accused target. The nature of the right of access to documents in the sealed packet is the same whether it derives from s. 8 or from a combination of ss. 7 and 11(d). In both cases, the target has the constitutional right to determine whether the interception complies with the scheme established by Parliament in the *Criminal Code*.

Recordings resulting from a wiretap are not placed in the sealed packet and access to the sealed packet therefore does not entail access to the recordings. However, if after the packet is opened and the authorization's validity is examined the authorization is declared invalid by the judge, the wiretap carried out pursuant to the authorization will be unlawful and will amount to an unreasonable search or seizure prohibited by s. 8 of the *Charter*, which will give rise to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The general principle of confidentiality applicable to wiretaps ceases to take precedence when the state fails to meet the strict conditions that ensure the wiretap complies with the *Charter*, and in such circumstances it is appropriate and fair to grant access to the recordings either under s. 24(1) or to enable the target to prove the extent of the damage suffered in order to support an application for damages. Once the target shows to the court's satisfaction that the wiretap was unauthorized, he or she should therefore be given access to any communications unlawfully intercepted by the state, by way of access to the recordings themselves, to transcripts or to any other equivalent source. Such access would be limited to conversations in which the target

aux seules cibles qui ont fait l'objet d'accusations. Une analyse comparative de l'ancien et du nouveau libellé et une étude du contexte législatif immédiat ne laissent aucun doute quant à l'intention du législateur. Par ces modifications, le législateur a choisi d'encadrer législativement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Cependant, il ne l'a fait qu'à l'égard de demandes d'accès présentées par des cibles accusées tout en choisissant de laisser intact le caractère illimité du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par la loi à l'égard de demandes présentées par d'autres personnes.

Le droit d'accès d'une cible accusée, ou qui ne l'a pas été, au contenu du paquet scellé, même dans sa dimension constitutionnelle, n'est pas absolu et ce droit peut être limité lorsque des considérations d'intérêt public le justifient. Ainsi, les documents contenus dans le paquet scellé peuvent être révisés suivant les critères approuvés, et conformément à la procédure énoncée, dans l'arrêt *Garofoli*. Même si le droit d'accès d'une cible qui a été accusée découle, en plus de l'art. 8 de la *Charte*, d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d), cela ne signifie pas que cette dernière jouit d'un droit d'accès plus étendu qu'une cible qui n'a pas été accusée. La nature du droit d'accès aux documents contenus dans le paquet scellé est la même qu'il découle de l'art. 8 ou d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d). Dans les deux cas, la cible bénéficie du droit constitutionnel de vérifier la conformité de l'interception avec le régime établi par le législateur dans le *Code criminel*.

Les enregistrements résultant de l'écoute électronique ne font pas partie du paquet scellé et l'accès à ce paquet n'emporte donc pas un accès aux enregistrements. Cependant si, après l'ouverture du paquet scellé et l'examen de la validité de l'autorisation, cette autorisation est déclarée invalide par le juge, l'écoute électronique réalisée en vertu de l'autorisation sera, par le fait même, illégale et équivaldra à une fouille, perquisition ou saisie abusive interdite par l'art. 8 de la *Charte*, qui donnera ouverture à une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Le principe général de confidentialité applicable à l'écoute électronique n'a plus préséance lorsque l'État ne respecte pas les conditions strictes de l'écoute électronique qui la rendent conforme à la *Charte* et, dans de telles circonstances, il est convenable et juste d'accorder l'accès aux enregistrements soit en vertu du par. 24(1), soit pour permettre à la cible de faire la preuve de l'étendue du préjudice subi en vue d'appuyer une demande de dommages-intérêts. Lorsque la cible démontre, à la satisfaction du tribunal, que l'écoute a été faite sans autorisation, elle devrait donc avoir accès à toute communication illégalement interceptée par l'État, que ce soit par voie d'accès aux

took part. Moreover, the state should be required to destroy any trace of such unlawful interceptions in its possession.

If the court finds that the authorization complies with the provisions of the *Criminal Code* and that the non-accused target's arguments based on the contents of the sealed packet do not disclose any other cause of unlawfulness, s. 8 of the *Charter* then requires a further examination of whether the wiretap complied with the authorization. The rights guaranteed in s. 8 will be adequately protected if the non-accused target is granted indirect access to the recordings. The strict confidentiality applicable to wiretaps requires that the courts be cautious and exercise restraint when the issue of going beyond the sealed packet arises. Thus, even at that stage, a non-accused target will only rarely be given access to the recordings, since it is only through affidavits and relevant documents and by cross-examining the affiants that the target will obtain the information needed to challenge the wiretap's validity. With certain exceptions, the target will not be given access to the recordings to show that his or her constitutional rights were violated. If the court declares that the wiretap is unlawful because it did not comply with the authorization, the target may then be granted access to the recordings, as in the case of an unlawful authorization. Access will be limited to unlawful interceptions to which the target was a party. Finally, an accused target's right to make full answer and defence is provided for in s. 189(5) of the *Criminal Code*. In addition to this right under the *Code*, the prosecution may have broader disclosure obligations in the case of an application for production based on *Stinchcombe*.

In the present case, the appellant's application for access to the recordings is premature. Access to the recordings is not necessary to prove that his right under s. 8 of the *Charter* was infringed, since such an infringement may result from the unlawfulness of the authorization itself, which can be determined by means of access to the sealed packet. The recordings do not come into play until after the authorization is declared valid, when the issue becomes whether the wiretap complied with the authorization.

enregistrements eux-mêmes, à des transcriptions ou à toute autre source équivalente. Cet accès serait limité aux seules conversations auxquelles la cible aurait été partie. De plus, l'État devrait être tenu de détruire toute trace de ces interceptions illégales en sa possession.

Si le tribunal juge que l'autorisation est conforme aux dispositions du *Code criminel* et que les prétentions de la cible non accusée basées sur le contenu du paquet scellé ne dévoilent aucune autre cause d'illégalité, l'art. 8 de la *Charte* exige alors un examen additionnel de la conformité de l'écoute avec l'autorisation. Les droits garantis à l'art. 8 seront suffisamment sauvegardés si on accorde un accès indirect aux enregistrements à la cible qui n'a pas été accusée. La stricte confidentialité entourant l'écoute électronique exige que les tribunaux fassent preuve de prudence et de retenue lorsqu'il est question d'aller au-delà du paquet scellé. Donc, même à ce stade, la cible non accusée ne se verra qu'exceptionnellement accorder l'accès aux enregistrements puisque ce n'est que par l'entremise d'affidavits et de documents pertinents et de contre-interrogatoires des auteurs des affidavits qu'elle obtiendra les renseignements nécessaires pour contester la validité de l'écoute. Sauf exception, la cible n'aura pas accès aux enregistrements pour démontrer la violation de ses droits constitutionnels. Si le tribunal déclare l'écoute illégale pour cause de non-conformité avec l'autorisation, l'accès aux enregistrements pourra alors être accordé à la cible, tout comme dans le cas d'une autorisation illégale. L'accès se limitera aux seules interceptions illégales auxquelles la cible était partie. Enfin, l'accès aux enregistrements découlant du droit d'une cible accusée à une défense pleine et entière est prévu au par. 189(5) du *Code criminel*. En plus de ce droit prévu par le *Code*, le ministère public pourrait avoir des obligations de divulgation plus étendues dans le cadre d'une demande de production basée sur l'arrêt *Stinchcombe*.

Dans la présente affaire, la demande de l'appellant relative aux enregistrements est prématurée. L'accès aux enregistrements n'est pas nécessaire pour prouver l'atteinte au droit garanti par l'art. 8 de la *Charte* puisque celle-ci peut découler de l'illégalité de l'autorisation elle-même, vérifiable par voie d'accès au paquet scellé. Les enregistrements n'entrent en jeu qu'à la suite de la déclaration de validité de l'autorisation, lorsqu'il est question de vérifier la conformité de l'écoute avec l'autorisation.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Distinguished: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; **referred to:** *Re Meltzer and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 266, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Kumar* (1987), 35 C.C.C. (3d) 477, leave to appeal denied, [1987] 1 S.C.R. ix; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 631; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *In re Lochiatto*, 497 F.2d 803 (1974); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, 413 F.Supp. 1321 (1976); *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, 708 F.2d 27 (1983); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, 723 F.2d 1022 (1983); *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *R. v. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248; *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1; *Re Zaduk and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 349, aff'd (1979), 46 C.C.C. (2d) 327; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications*, 495 F.Supp. 282 (1980); *Applications of Kansas City Star*, 666 F.2d 1168 (1981); *Petition of Leppo*, 497 F.2d 954 (1974); *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *McGrady, Askew & Fiorillo v. Canada*, [1995] 7 W.W.R. 305; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation*

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Distinction d'avec l'arrêt: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; **arrêts mentionnés:** *Re Meltzer and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 266, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. Kumar* (1987), 35 C.C.C. (3d) 477, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. ix; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 631; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *In re Lochiatto*, 497 F.2d 803 (1974); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, 413 F.Supp. 1321 (1976); *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, 708 F.2d 27 (1983); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, 723 F.2d 1022 (1983); *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *R. c. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248; *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. c. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1; *Re Zaduk and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 349, conf. par (1979), 46 C.C.C. (2d) 327; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications*, 495 F.Supp. 282 (1980); *Applications of Kansas City Star*, 666 F.2d 1168 (1981); *Petition of Leppo*, 497 F.2d 954 (1974); *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *McGrady, Askew & Fiorillo c. Canada*, [1995] 7 W.W.R. 305; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *R. c.*

and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

By La Forest and Sopinka JJ.

Applied: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; **referred to:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act, S.C. 1993, c. 40, s. 27.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 24.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36(2), 1457.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 122, 184.1 [ad. 1993, c. 40, s. 4], 185(1)(e), 186(1), 187 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 24; now rep. & sub. 1993, c. 40, s. 7], 189(1) [rep. 1993, c. 40, s. 10], (5) [am. *idem*], 190, 193(2)(c), 196(1).
Criminal Law Amendment Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 53.
Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7.2 [en. 1973-74, c. 50, s. 4].
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 [am. 1990, c. 8, s. 21], s. 17(1).
Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, Pub. L. No. 90-351, Title III, § 802 [now 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1994)].
Protection of Privacy Act, S.C. 1973-74, c. 50 [am. 1976-77, c. 53], ss. 2, 4.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [am. 1990, c. 8, s. 37].

Pontes, [1995] 3 R.C.S. 44; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Citée par les juges La Forest et Sopinka

Arrêts appliqués: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; **arrêts mentionnés:** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11(d), 24.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, 36(2), 1457.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 122, 184.1 [aj. 1993, ch. 40, art. 4], 185(1)(e), 186(1), 187 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 24; maintenant abr. & rempl. 1993, ch. 40, art. 7], 189(1) [abr. 1993, ch. 40, art. 10], (5) [mod. *idem*], 190, 193(2)(c), 196(1).
Loi de 1977 modifiant le droit pénal, S.C. 1976-77, ch. 53.
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication, L.C. 1993, ch. 40, art. 27.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [mod. 1990, ch. 8, art. 37].
Loi sur la protection de la vie privée, S.C. 1973-74, ch. 50 [mod. 1976-77, ch. 53], art. 2, 4.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod. 1990, ch. 8, art. 21], art. 17(1).
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7.2 [aj. 1973-74, ch. 50, art. 4].
Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, Pub. L. No. 90-351, Title III, § 802 [maintenant 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1994)].

Authors Cited

- Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981.
- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. *Freedom and Security under the Law*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1981.
- Canada. Solicitor General. *Annual Report on the Use of Electronic Surveillance*. Ottawa: Solicitor General, 1993.
- Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*, vol. 2. New York: Clark Boardman, 1986 (loose-leaf updated 1996, release 18).
- Chorney, N. M. "Wiretapping and Electronic Eavesdropping" (1965), 7 *C.L.Q.* 434.
- Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1983.
- Fishman, Clifford S. *Wiretapping and Eavesdropping*. Rochester: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1978.
- Jardine, James W. "Defence Attacks". In Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Search & Seizure and Wiretap*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, c. 6.2.
- Tanovich, David M. "When does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?" (1995), 38 *C.R.* (4th) 202.
- United States. Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess. Reprinted in [1968] *U.S.C. Cong. & Admin. News* 2112.
- Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the Quebec Superior Court, rendered on May 19, 1993, dismissing the appellant's motion under s. 187 of the *Criminal Code* to have the sealed packet in the court's custody opened. Appeal allowed.

Christian Desrosiers, for the appellant.

Stella Gabbino, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener the Attorney General of Canada.

Doctrine citée

- Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981.
- Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1. Ottawa: La Commission, 1981.
- Canada. Solliciteur général. *Rapport annuel sur la surveillance électronique*. Ottawa: Solliciteur général, 1993.
- Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*, vol. 2. New York: Clark Boardman, 1986 (loose-leaf updated 1996, release 18).
- Chorney, N. M. «Wiretapping and Electronic Eavesdropping» (1965), 7 *C.L.Q.* 434.
- Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1983.
- Fishman, Clifford S. *Wiretapping and Eavesdropping*. Rochester: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1978.
- Jardine, James W. «Defence Attacks». In Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Search & Seizure and Wiretap*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, c. 6.2.
- Tanovich, David M. «When does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?» (1995), 38 *C.R.* (4th) 202.
- United States. Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess. Reprinted in [1968] *U.S.C. Cong. & Admin. News* 2112.
- Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.

POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure du Québec, rendu le 19 mai 1993, qui a rejeté la requête de l'appellant pour faire ouvrir le paquet scellé sous la garde de la cour en vertu de l'art. 187 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Christian Desrosiers, pour l'appellant.

Stella Gabbino, pour l'intimé.

Bernard Laprade, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Margaret A. Ross and Todd J. Burke, for the interveners the Canadian Bar Association.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (since amended by S.C. 1993, c. 40), permits law enforcement officials to obtain judicial authorization for the electronic surveillance (a “wiretap”) of a specified individual (the “target”) upon the filing of an application and supporting affidavits which establish reasonable and probable grounds for intercepting the individual’s private communications. Following judicial consideration of the application, the materials are deemed “confidential” and are placed in a “sealed packet” pursuant to s. 187(1) of the *Code*. However, under s. 187(1)(a)(ii) (now revised as s. 187(1.3)), a designated judge is vested with the discretionary authority to open the packet and grant access to its contents. In *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, a majority of this Court held that the target of a wiretap authorization who subsequently faces criminal prosecution on the basis of intercepted communications is automatically entitled to gain access to the materials within the packet, subject only to the Crown’s right to apply to have the materials edited. More specifically, the majority held, *inter alia*, that the judicial discretion vested under s. 187(1)(a)(ii) must be automatically exercised in favour of an accused target in light of an accused’s right to full answer and defence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The narrow issue presented by this appeal concerns whether a non-accused target may similarly seek and obtain automatic access to the sealed packet for the purpose of examining its contents in the hopes of grounding a claim for damages for the unlawful interception of private communications at private law or statute, or under ss. 8 and 24(1) of the *Charter*.

Margaret A. Ross et Todd J. Burke, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci a été rendu par

LE JUGE EN CHEF — La partie VI du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié depuis par L.C. 1993, ch. 40) permet aux autorités chargées de l’application de la loi d’obtenir une autorisation judiciaire en vue de procéder à la surveillance électronique («écoute électronique») d’une personne déterminée (la «cible») sur dépôt d’une demande et d’affidavits à l’appui qui établissent des motifs raisonnables et probables pour l’interception des communications privées de la personne. Après examen judiciaire de la demande, les documents sont considérés «confidentiels» et placés dans un «paquet scellé» conformément au par. 187(1) du *Code*. Cependant, en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) (maintenant le par. 187(1.3)), un juge désigné est investi du pouvoir discrétionnaire d’ouvrir le paquet et d’accorder l’accès à son contenu. Dans *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, notre Cour a conclu à la majorité que la cible d’une autorisation d’écoute électronique qui fait face ensuite à des poursuites criminelles fondées sur les communications interceptées a automatiquement le droit d’avoir accès aux documents qui se trouvent dans le paquet, sous réserve seulement du droit du ministère public de demander la révision des documents. Plus précisément, la Cour à la majorité a conclu notamment que le pouvoir discrétionnaire attribué au juge en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) doit être exercé automatiquement en faveur d’une cible qui a été accusée compte tenu du droit d’un accusé à une défense pleine et entière en vertu de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question présentée par ce pourvoi consiste strictement à savoir si une cible qui n’a pas été accusée peut de la même façon demander et obtenir l’accès automatique au paquet scellé afin d’en examiner le contenu dans l’espoir de fonder une action en dommages-intérêts pour interception illégale de communications privées, en droit privé ou en vertu de l’art. 8 et du par. 24(1) de la *Charte*.

2

The appellant was the target of an authorized wiretap in February 1993 as part of a larger police investigation into the leak of confidential government documents. To date, no criminal charges have been laid against him. The appellant, hoping to pursue an action in damages for an unlawful wiretap search, filed a motion under s. 187(1)(a)(ii) for access to the sealed packet. In the same motion, the appellant sought disclosure of the actual tape recordings produced by the wiretap and any existing transcripts of his intercepted communications (the "recording materials"). My colleagues La Forest and Sopinka JJ. would conclude that under both s. 187(1)(a)(ii) and its revised equivalent, s. 187(1.3), a judge must automatically grant the appellant's motion for access to the contents of the packet as an extension of *Dersch*. They would further find that the judge may grant the appellant access to the recording materials upon a demonstration that the wiretap was illegal.

3

With respect, I am unable to share their views. While I would also allow the appeal in this instance, I profoundly disagree with their interpretation of a non-accused target's right to examine the sealed packet under the *Criminal Code* and the *Charter*. The existing legislative and judicial authorities on s. 187(1)(a)(ii) strongly indicate that Parliament intended the contents of the packet to remain presumptively "confidential" in the interests of preserving the secrecy of police investigative techniques and police informers. For a wiretap to be executed under Part VI of the *Code*, a judge will have already concluded that the application and supporting affidavits, on their face, raise reasonable and probable grounds for the interception of a subject's private communications. However, as an additional safeguard, Parliament vested a designated judge with a broad discretion to open and selectively distribute the contents of the packet. But where a former surveillance target applies for access in the absence of any threat of criminal prosecution, Parliament clearly intended that the state's pressing interest in confidentiality

L'appellant a été la cible d'une écoute électronique autorisée en février 1993 dans le cadre d'une enquête policière plus vaste sur la fuite de documents confidentiels du gouvernement. Aucune accusation criminelle n'a été portée contre lui jusqu'à maintenant. L'appellant, dans l'espoir d'intenter une action en dommages-intérêts pour perquisition illégale par écoute électronique, a déposé une requête en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) en vue d'avoir accès au paquet scellé. Dans la même requête, l'appellant demandait la divulgation des bandes magnétiques résultant de l'écoute électronique et de toutes les transcriptions existantes de ses communications interceptées (les «enregistrements»). Mes collègues les juges La Forest et Sopinka sont d'avis de conclure qu'en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) et de son équivalent révisé, le par. 187(1.3), un juge doit accueillir automatiquement la requête de l'appellant en vue d'avoir accès au contenu du paquet, dans le prolongement de l'arrêt *Dersch*. Ils sont également d'avis que le juge peut accorder à l'appellant l'accès aux enregistrements s'il prouve que l'écoute électronique était illégale.

En toute déférence, je ne puis partager leur opinion. Même si je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi en l'espèce, je suis en profond désaccord avec leur interprétation du droit d'une cible non accusée d'examiner le paquet scellé en vertu du *Code criminel* et de la *Charte*. Le droit existant, tant législatif que prétorien, concernant le sous-al. 187(1)(a)(ii) indique nettement que le législateur voulait que le contenu du paquet soit présumé «confidentiel» dans le but de préserver le secret des méthodes d'enquête policière et des indicateurs de police. Pour qu'il soit procédé à l'écoute électronique en vertu de la partie VI du *Code*, il faut qu'un juge ait déjà conclu que la demande et les affidavits à l'appui soulèvent, à leur lecture même, des motifs raisonnables et probables pour l'interception des communications privées d'une personne. Toutefois, à titre de protection supplémentaire, le législateur a conféré à un juge désigné un vaste pouvoir discrétionnaire d'ouvrir et de diffuser de façon sélective le contenu du paquet. Mais, pour le cas où une personne qui a été la cible d'une surveillance demande l'accès au paquet scellé en

of the packet should represent the dominant consideration in the exercise of this discretion. Accordingly, previous courts have properly concluded that this discretion to open the packet should not be exercised upon the mere suspicion of wrongdoing by the state; rather, judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) should only be exercised on the basis of “good cause”, i.e., upon a preliminary showing which suggests that the original authorization was obtained unlawfully.

Thus, in my view, where a non-accused target has applied for a judicial order under s. 187(1)(a)(ii) (or under the current s. 187(1.3)), a judge should normally only exercise his or her discretion in favour of granting access upon the presentation of some evidence that law enforcement officials engaged in fraud or wilful non-disclosure in obtaining the authorization. If the target is successful in securing access to the packet under s. 187(1)(a)(ii), he or she may only then seek access to the recording materials upon a new motion in a subsequent proceeding.

I am not persuaded that this settled, purposive interpretation of s. 187(1)(a)(ii) ought to be altered in light of s. 8 of the *Charter*. In *Dersch*, this Court held that notwithstanding the existing interpretation of the predecessor of s. 187(1)(a)(ii), where the wiretap target faces subsequent criminal prosecution, this statutory discretion must be exercised systematically in favour of access to give effect to an accused’s right to full answer and defence under s. 7 of the *Charter* and an accused’s right to challenge the admission of potentially unlawfully intercepted evidence under ss. 8 and 24(2) of the *Charter*. But where a target faces no threat of imprisonment, *Dersch* clearly indicated that “different considerations” apply. Under such circumstances, these different “considerations” persuade me that a non-accused target is not constitutionally entitled to examine the contents of the packet in

l’absence de tout risque de poursuites criminelles, le législateur a manifestement voulu que la question prédominante dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire soit l’intérêt urgent de l’État à ce que soit respecté le caractère confidentiel du paquet. Par conséquent, des tribunaux ont déjà conclu avec raison que ce pouvoir discrétionnaire d’ouvrir le paquet ne devrait pas être exercé par suite de simples soupçons que l’État a commis une faute; le pouvoir discrétionnaire du juge visé au sous-al. 187(1)(a)(ii) ne devrait être exercé que s’il existe un «motif valable», c.-à-d. après la présentation d’une preuve indiquant que l’autorisation initiale aurait été obtenue illégalement.

Donc, à mon avis, lorsqu’une cible qui n’a pas été accusée demande une ordonnance judiciaire en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) (ou en vertu de l’actuel par. 187(1.3)), le juge ne devrait normalement exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder l’accès au paquet qu’après la présentation d’un élément de preuve que les autorités chargées de l’application de la loi ont recouru à la fraude ou ont caché volontairement certaines choses afin d’obtenir l’autorisation. Si la cible obtient l’accès au paquet en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), elle peut seulement alors demander l’accès aux enregistrements en présentant une nouvelle requête dans une procédure subséquente.

Je ne suis pas convaincu que cette interprétation constante, fondée sur l’objet, du sous-al. 187(1)(a)(ii) doive être modifiée en fonction de l’art. 8 de la *Charte*. Dans l’arrêt *Dersch*, notre Cour a statué que, malgré l’interprétation existante de la disposition législative qui a précédé le sous-al. 187(1)(a)(ii), lorsque la cible d’écoute électronique fait face à des poursuites criminelles subséquentes, ce pouvoir discrétionnaire prévu par la loi doit être exercé systématiquement en favorisant l’accès au paquet pour donner effet au droit de l’accusé à une défense pleine et entière prévu à l’art. 7 de la *Charte* et à son droit de contester, en vertu de l’art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*, l’admission d’éléments de preuve qui pourraient avoir été interceptés illégalement. Mais lorsqu’une cible ne risque pas d’être condamnée à une peine d’emprisonnement, l’arrêt *Dersch* a indiqué clairement

4

5

the absence of some evidence which suggests that the original authorization was unlawfully granted. While an individual has an important and vital right to the disclosure of governmental information in order to effectuate his or her substantive constitutional rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*, it is my belief that this right does not compel absolute access to confidential information held by the state where the individual does not face the jeopardy of the criminal process.

que «différentes considérations» s'appliquent. Dans de telles circonstances, ces «considérations» différentes me convainquent qu'une cible qui n'a pas été accusée n'a pas le droit, en vertu de la Constitution, d'examiner le contenu du paquet en l'absence d'éléments de preuve indiquant que l'autorisation initiale a été accordée illégalement. Bien qu'une personne ait un droit important et vital à la divulgation de renseignements gouvernementaux afin de réaliser les droits constitutionnels substantiels que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*, j'estime que ce droit n'impose pas un accès absolu à des renseignements confidentiels détenus par l'État lorsque la personne ne risque pas de poursuites criminelles.

I. Factual and Procedural Background

I. Les faits et l'historique des procédures

6 The appellant, a lawyer, worked for the Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes ("SAIC") up until September 28, 1992. Shortly following the end of his employment, an article appeared in the national press which revealed certain confidential information regarding the participation of the SAIC in constitutional negotiations leading up to the Charlottetown Accord. In the course of its ensuing investigation regarding the leaked information, the Sûreté du Québec suspected that the appellant had removed documents from the SAIC in violation of s. 122 of the *Criminal Code* (breach of trust by a public official). On the basis of evidence provided by the Sûreté, a Justice of the Peace approved a search warrant in October 1992 for the purpose of seizing an enumerated list of SAIC documents from his residence.

L'appelant, qui est avocat, a travaillé pour le Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes (le «SAIC») jusqu'au 28 septembre 1992. Peu après la fin de son emploi, un article a paru dans la presse nationale, révélant certains renseignements confidentiels sur la participation du SAIC aux négociations constitutionnelles précédant l'Accord de Charlottetown. Au cours de l'enquête qu'elle a menée au sujet de la fuite de renseignements, la Sûreté du Québec a soupçonné l'appelant d'avoir sorti des documents du SAIC en violation de l'art. 122 du *Code criminel* (abus de confiance par un fonctionnaire). En se fondant sur les éléments de preuve fournis par la Sûreté, un juge de paix a approuvé un mandat de perquisition en octobre 1992 en vue de la saisie d'une série de documents du SAIC apparaissant sur une liste et se trouvant dans la résidence de l'appelant.

7 The search was executed on the morning of November 2, 1992. The appellant was promptly arrested during the search and detained at police headquarters during the day without the benefit of counsel. At the appellant's residence, the officers seized a number of documents, including a number of personal items of the appellant which were not listed in the search warrant.

La perquisition a été effectuée dans la matinée du 2 novembre 1992. L'appelant a été arrêté rapidement au cours de la perquisition et détenu au quartier général de la police durant la journée sans bénéficier des services d'un avocat. À la résidence de l'appelant, les policiers ont saisi un certain nombre de documents, dont des objets personnels qui n'étaient pas mentionnés dans le mandat de perquisition.

8 The appellant promptly filed a motion by nature of *certiorari* in Superior Court for return of the

L'appelant a rapidement déposé une requête en *certiorari* auprès de la Cour supérieure pour que

documents seized during the search of his premises. As well, the appellant sought damages against the Sûreté and the individual officers involved under s. 24(1) of the *Charter* for an infringement of his constitutional right to counsel during the detention. On December 4, 1992, Pinard J. granted the motion in part. The motions judge ordered the officers to return a number of the seized items which fell outside the bounds of the original search warrant. In so ordering, Pinard J. concluded that parts of the search were both [TRANSLATION] “unreasonable and unlawful”. In relation to the detention, the judge found that the officers did not have reasonable and probable grounds to arrest and detain the appellant. Furthermore, he concluded that the circumstances of the detention violated the appellant’s constitutional right to counsel. Accordingly, Pinard J. declared that the detention of the appellant was also [TRANSLATION] “unlawful, arbitrary, and unreasonable”. But the motions judge declined to adjudicate the appellant’s claim for damages, as the claim should have been brought in a separate action.

A number of months following the search, on February 11, 1993, the appellant received the following notice by mail.

[TRANSLATION] On October 27, 1992, following a motion by a designated representative of the Attorney General of Quebec, pursuant to the requirements of s. 185 of the *Criminal Code*, a judge of the Court of Sessions of the Peace for the province of Quebec, approved an authorization which permitted the interception of your private communications in the interests of the administration of justice. This authorization was valid from October 27, 1992 to November 15, 1992, inclusive.

The purpose of this letter is to advise you of this authorization, in accordance with s. 196 of the *Criminal Code*.

On March 22, 1993, the appellant served the Attorney General of Quebec and the relevant officers with a notice of default for damages arising from both the physical search and the wiretap.

lui soient restitués les documents saisis durant la perquisition de ses locaux. De plus, il a réclamé des dommages-intérêts contre la Sûreté et contre chacun des policiers concernés, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, pour atteinte à son droit constitutionnel d’avoir recours à l’assistance d’un avocat durant sa détention. Le 4 décembre 1992, le juge Pinard a accueilli la requête en partie. Le juge des requêtes a ordonné aux policiers de restituer un certain nombre d’objets saisis qui n’étaient pas visés par le mandat de perquisition initial. Dans son ordonnance, le juge Pinard a conclu que certaines parties de la perquisition étaient à la fois «illégal[e]s et abusive[s]». En ce qui concerne la détention, le juge a estimé que les policiers n’avaient pas de motifs raisonnables et probables pour arrêter et détenir l’appelant. En outre, il a conclu que les circonstances de la détention avaient violé le droit constitutionnel de l’appelant d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Par conséquent, le juge Pinard a déclaré que la détention de l’appelant avait également été «illégal[e], arbitraire et abusive». Mais le juge des requêtes a refusé de statuer sur la demande en dommages-intérêts de l’appelant, car cette demande aurait dû être présentée dans le cadre d’une action distincte.

Plusieurs mois après la perquisition, soit le 11 février 1993, l’appelant a reçu l’avis suivant par la poste:

Le 27 octobre 1992, à la suite d’une requête faite par un mandataire spécialement désigné par le Procureur général du Québec, selon les dispositions de l’article 185 du Code criminel, un juge de la Cour des Sessions de la Paix pour la province de Québec, a émis une autorisation permettant l’interception de vos communications privées aux fins de l’administration de la Justice. Cette autorisation était valide du 27 octobre 1992 au 15 novembre 1992 inclusivement.

La présente lettre a pour but de vous aviser de cette autorisation, conformément à l’article 196 du Code criminel.

Le 22 mars 1993, l’appelant a signifié au procureur général du Québec et aux policiers concernés une mise en demeure pour les dommages découlant tant de la perquisition des lieux que de

However, on April 30, 1993, before filing his statement of claim for damages, the appellant filed a motion before Paul J. of the Superior Court requesting a judicial order to open the sealed packet containing the application and affidavits which were filed in support of the surveillance authorization. In the same motion, he requested copies of the police tapes of his private communications.

11 The appellant sought access to these normally confidential materials in the hope of procuring evidence which demonstrated that the wiretap did not comply with the requirements of Part VI of the *Code*. In support of his request for access to the packet and the tapes, the appellant submitted that he had grounds to believe that the application and affidavits failed to mention his status as a lawyer in contravention of s. 185(1)(e) of the *Code*. As well, he contended that he had grounds for believing that the wiretap was the product of administrative pressure from officials within the SAIC. While the appellant fails to state so explicitly in his motion, I assume more generally that it is his contention that the wiretap authorization was not justified in the "best interests of the administration of justice" in accordance with s. 186(1)(a) as the application and affidavits did not disclose reasonable and probable grounds for a wiretap.

12 On May 19, 1993, Paul J. denied the appellant's motion to open the packet and to compel disclosure of the tapes. At the outset, upon examining the application in private, Paul J. dismissed the appellant's argument that the wiretap application had failed to comply with s. 185(1)(e). As he stated:

[TRANSLATION] There is one thing I wanted to make sure of, namely that your allegation that you were not designated as a lawyer was not borne out in the documents relating to the application to intercept your private communications. I confirm for you . . . that you were indeed designated as a lawyer, with your business address.

l'écoute électronique. Cependant, le 30 avril 1993, avant le dépôt de sa déclaration dans l'action en dommages-intérêts, l'appelant a déposé devant le juge Paul de la Cour supérieure une requête en vue d'obtenir une ordonnance judiciaire pour faire ouvrir le paquet scellé contenant la demande et les affidavits qui avaient été déposés à l'appui de l'autorisation de surveillance électronique. Dans la même requête, il réclamait des copies des bandes magnétiques sur lesquelles les policiers avaient enregistré ses communications privées.

L'appelant cherchait à avoir accès à ces documents habituellement confidentiels dans l'espoir d'obtenir des éléments de preuve établissant que l'écoute électronique ne satisfaisait pas aux exigences de la partie VI du *Code*. À l'appui de sa demande d'accès au paquet et aux bandes magnétiques, l'appelant a soutenu qu'il avait des motifs de croire que la demande et les affidavits ne mentionnaient pas sa qualité d'avocat, contrairement aux exigences de l'al. 185(1)e) du *Code*. De plus, il a prétendu qu'il avait des motifs de croire que l'écoute électronique résultait de pressions de nature administrative exercées par des fonctionnaires du SAIC. Bien que l'appelant ne l'ait pas dit expressément dans sa requête, je présume de façon plus générale qu'il prétend que l'octroi de l'autorisation d'écoute électronique ne servait pas «au mieux l'administration de la justice» conformément à l'al. 186(1)a), car la demande et les affidavits ne révélaient pas de motifs raisonnables et probables justifiant l'écoute électronique.

Le 19 mai 1993, le juge Paul a rejeté la requête de l'appelant pour faire ouvrir le paquet et divulguer le contenu des bandes magnétiques. Au début, après examen de la demande en privé, le juge Paul a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel la demande d'écoute électronique ne se conformait pas à l'al. 185(1)e). Il a déclaré:

Il y a une chose dont je voulais m'assurer, c'est que votre allégué relativement au fait que vous n'avez pas été désigné comme avocat ne se soit pas retrouvé dans les documents relatifs à la demande d'interception de vos communications privées. Or je vous confirme [. . .] que vous avez été désigné bel et bien comme avocat avec votre adresse professionnelle.

Paul J. then turned to the substance of the appellant's motion to open and examine the contents of the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii). While the judge took notice of this Court's ruling in *Dersch* regarding the right of an accused to automatic access to the sealed packet, Paul J. underscored that the appellant stood in a different position from an accused. As Paul J. explained in an exchange with the appellant:

[TRANSLATION] There is nothing in *Garofoli* [[1990] 2 S.C.R. 1421, to support a motion for access by a non-accused], I know *Garofoli* almost by heart. . . . In all the decisions, all the decisions that are to that effect. Except if you seek a review, you may have the lawfulness of a decision reviewed, but in that case it would be in the context of an accused, not in your context at all, right now there is a vacuum because you are not an accused and you have no case pending before the civil or criminal courts. . . . [Emphasis added.]

Paul J. held that where the request for access under s. 187(1)(a)(ii) originates from a non-accused target, the *Code* requires that such authorizations remain confidential. Accordingly, he denied the appellant's motion. However, in so doing, he left open the possibility that such a request might be entertained by the judge who presided over the civil suit:

[TRANSLATION] No, no, but you will not lose any right you may have to make that argument, but you must do so before the judge who hears the case. It is there that the argument must be made and not here on a motion. So if there is a civil action or any other kind of action, you will make your request to that judge, although whether you will be successful is another matter — that is not for me to decide. But at the present time, I must tell you that the *Code* applies and it remains confidential, you received notification and if there are further civil or criminal developments, then the situation will alter dramatically. At present, the situation is like that and you are not entitled to the sealed packet. Unfortunately, I must deny your motion. . . . [Emphasis added.]

The *Criminal Code* provides no appeal to a provincial court of appeal from the decision of a judge who refuses access to the sealed packet. See *Re Meltzer and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 266 (B.C.C.A.), at pp. 271-72, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Kumar* (1987), 35 C.C.C. (3d) 477

Le juge Paul est ensuite passé au fond même de la requête de l'appelant pour faire ouvrir et examiner le contenu du paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)a(ii). Tout en tenant compte de l'arrêt *Dersch* de notre Cour concernant le droit d'un accusé d'avoir automatiquement accès au paquet scellé, le juge Paul a souligné que l'appelant se trouvait dans une position différente de celle d'un accusé. Comme il l'a expliqué dans un échange de propos avec l'appelant:

Il n'y a rien dans *Garofoli* [[1990] 2 R.C.S. 1421, pour supporter une requête d'accès par un non-accusé], je connais *Garofoli* quasiment par cœur. [. . .] Dans toutes les décisions, toutes les décisions qui sont à cet effet-là. Sauf si vous allez en révision, vous pouvez faire réviser la légalité d'une décision, mais là à ce moment-là on est dans le cadre d'un accusé, on n'est pas dans votre cadre du tout, on est dans un vacuum actuellement, vous n'êtes ni accusé, vous n'avez aucun litige pendant devant les tribunaux civil ou criminel . . . [Je souligne.]

Le juge Paul a conclu que, lorsque la demande d'accès visée au sous-al. 187(1)a(ii) est présentée par une cible qui n'a pas été accusée, le *Code* exige que de telles autorisations restent confidentielles. Par conséquent, il a rejeté la requête de l'appelant, en signalant cependant que cette demande pourrait être examinée par le juge présidant le procès civil:

Non, non, mais vous ne serez pas privé de votre droit éventuel de plaider ça mais plaidez-le devant le juge qui sera saisi du litige. C'est là que ça doit se plaider et non pas ici par requête. Alors, s'il y a une action civile ou de quelque nature que ce soit, vous plaidez votre requête devant ce juge-là, avec quel succès, ça, c'est une autre question, ce n'est pas mon domaine. Mais actuellement, là, je dois vous dire que le *Code* s'applique, ça demeure confidentiel, vous avez reçu l'avis et s'il y a d'autres développements tant au point civil qu'au point de vue criminel, là la situation sera dramatiquement changée. Actuellement, la situation est telle quelle et vous n'avez pas le droit au paquet scellé. Je dois malheureusement rejeter votre requête . . . [Je souligne.]

Le *Code criminel* ne prévoit pas la possibilité d'interjeter appel auprès d'une cour d'appel provinciale de la décision du juge qui refuse l'accès au paquet scellé. Voir *Re Meltzer and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 266 (C.A.C.-B.), aux pp. 271 et 272, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1764;

(Sask. C.A.), at p. 479, leave to appeal denied, [1987] 1 S.C.R. ix. The appellant thus sought leave to appeal the judgment of Paul J. as a “final or other judgment . . . of the highest court of final resort in a province” under this Court’s general jurisdiction vested by s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. We granted leave. The respondent subsequently filed a motion to dismiss the appeal on January 26, 1995, but this Court denied the respondent’s motion on March 6, 1995.

II. Analysis

A. Introduction

15 The appellant seeks a judicial order for disclosure of two distinct items in support of his putative civil suit: (1) the application and supporting affidavits contained within the sealed packet; and (2) the tape recordings and prepared transcripts of his intercepted communications, which are not contained within the packet, but which remain in the custody of the Crown. In light of the *Code*’s differential treatment of these materials, I will examine these two requests separately.

16 I agree with the manner in which my colleagues La Forest and Sopinka JJ. deal with the issue of whether the appellant has sufficient standing to seek an order under s. 187(1)(a)(ii). I am also in agreement that the appellant’s motion for access, dated April 30, 1993, is properly governed by s. 187(1)(a)(ii) of the *Code* rather than by the amended s. 187(1.3) which came into force on August 1, 1993. See *An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40, s. 27; SI/93-154. Furthermore, I share their view that in light of the legislative history of the similar wording of the new provision, the scope and content of judicial discretion under s. 187(1.3) are identical to the discretion vested by its predecessor. Accordingly, I would arrive at the same result and reasoning in this appeal if the appellant’s

R. c. Kumar (1987), 35 C.C.C. (3d) 477 (C.A. Sask.), à la p. 479, autorisation de pourvoi rejetée, [1987] 1 R.C.S. ix. L’appelant a donc demandé l’autorisation de se pourvoir contre la décision du juge Paul en tant que «jugement, définitif ou autre, rendu par [. . .] le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province», en vertu de la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Nous avons accordé l’autorisation. L’intimé a déposé par la suite une requête en annulation de pourvoi le 26 janvier 1995, mais notre Cour a refusé cette requête le 6 mars 1995.

II. Analyse

A. Introduction

L’appelant demande une ordonnance judiciaire en vue de la divulgation de deux choses distinctes à l’appui de la poursuite civile qu’il entend engager: (1) la demande et les affidavits à l’appui contenus dans le paquet scellé; et (2) les bandes magnétiques ainsi que les transcriptions de ses communications interceptées, qui ne se trouvent pas dans le paquet mais sont gardées par le ministère public. Comme le *Code* traite ces documents de façon différente, j’examinerai les deux demandes séparément.

Je suis d’accord avec la façon dont mes collègues les juges La Forest et Sopinka traitent la question de savoir si l’appelant a qualité suffisante pour demander une ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)a(ii). Je conviens également que la demande d’accès présentée par l’appelant, en date du 30 avril 1993, est bien régie par le sous-al. 187(1)a(ii) du *Code* plutôt que par le par. 187(1.3), qui est entré en vigueur le 1^{er} août 1993. Voir la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40, art. 27; TR/93-154. De plus, je partage leur opinion selon laquelle, compte tenu des antécédents législatifs du libellé similaire de la nouvelle disposition, la portée et le contenu du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le par. 187(1.3) sont identiques à ceux du pouvoir discrétionnaire

motion was governed by the 1993 amendments to Part VI.

B. Access to the Sealed Packet

In addressing the appellant's request for access to the packet, it is essential to distinguish two conceptually distinct questions. First, it is necessary to determine the nature and content of the statutory discretion delegated by Parliament under s. 187(1)(a)(ii), as elaborated by the relevant case law. Second, one must then examine whether this judicial interpretation of the scope of the provision restricts s. 7 or 8 of the *Charter*, thus mandating a modification of the prevailing interpretation of this discretion in order to bring its exercise into conformity with the *Charter*. I note that if a restriction of a substantive *Charter* right is found, the existing interpretation of this statutory discretion may not be sustained under s. 1 of the *Charter*. Section 187(1)(a)(ii) confers a broad unstructured discretion to grant (or conversely, to refuse) access to the sealed packet. As I noted in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1078-79, where a statute confers a broad "imprecise" administrative or judicial discretion which encroaches on a constitutional right in certain applications, such a discretion must be interpreted in a manner which accommodates the *Charter* even if a potential justification for the impugned applications of the discretion could otherwise be advanced under s. 1. See my comments in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 1010-11; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720.

This general framework of analysis properly reflects the approach of this Court in *Dersch*, which underscored that the pre-existing interpretation of s. 187(1)(a)(ii) continues to operate in relation to a non-accused, subject to a subsequent

tionnaire conféré par le texte législatif antérieur. Par conséquent, j'arriverais au même résultat et au même raisonnement dans le présent pourvoi si la demande de l'appelant était régie par les modifications apportées à la partie VI en 1993.

B. L'accès au paquet scellé

Pour traiter la demande d'accès au paquet scellé présentée par l'appelant, il est essentiel de distinguer deux questions différentes sur le plan conceptuel. Premièrement, il faut déterminer la nature et le contenu du pouvoir discrétionnaire délégué par le législateur aux termes du sous-al. 187(1)(a)(ii), selon la jurisprudence pertinente. Deuxièmement, on doit ensuite examiner si cette interprétation judiciaire de la portée de la disposition restreint l'art. 7 ou 8 de la *Charte*, rendant ainsi obligatoire une modification de l'interprétation actuelle de ce pouvoir discrétionnaire afin d'en rendre l'exercice conforme à la *Charte*. Je remarque que, s'il y a restriction d'un droit substantiel garanti par la *Charte*, l'interprétation actuelle de ce pouvoir discrétionnaire prévu par la loi peut ne pas être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le sous-alinéa 187(1)(a)(ii) confère un vaste pouvoir discrétionnaire non structuré d'accorder (ou inversement, de refuser) l'accès au paquet scellé. Comme je l'ai fait observer dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1078 et 1079, lorsqu'une loi confère un vaste pouvoir discrétionnaire administratif ou judiciaire «imprécis» qui empiète sur un droit constitutionnel dans certaines applications, ce pouvoir doit être interprété d'une manière qui tient compte de la *Charte* même si on pouvait par ailleurs justifier en vertu de l'article premier les applications contestées du pouvoir discrétionnaire. Voir mes remarques dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 1010 et 1011; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720.

Le présent cadre général d'analyse reflète bien la méthode adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Dersch*, qui a souligné que l'interprétation préexistante du sous-al. 187(1)(a)(ii) vaut toujours dans le cas d'une personne qui n'a pas été accusée, sous

Charter challenge. As Sopinka J. stated for the majority, at p. 1517:

The judge still has a discretion [under s. 187(1)(a)(ii)] but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the *Charter* right unless the application is granted. This does not affect the discretion in respect of a request by a target or a member of the public who is not an accused person, to which different considerations would apply. This is not an amendment to the section, but rather an alteration of the judicial interpretation placed on it in light of the *Charter*. [Emphasis added.]

Regretfully, I do not believe that the analysis adopted by La Forest and Sopinka JJ. in the present appeal is faithful to this Court's earlier approach in *Dersch*. My two colleagues effectively subsume these two distinct questions into one constitutional inquiry, namely whether a non-accused enjoys an independent *Charter* right of access to the packet. Perhaps more seriously, the single-barrelled analysis adopted by my colleagues gives short shrift to Parliament's intent and purpose in adopting the provision. In my view, an appreciation of the careful balancing of interests that Parliament reached in adopting the provision must inform the determination of whether a non-accused person enjoys a constitutional right to examine such confidential court documents under a purposive and contextual examination of the *Charter*.

19

With those thoughts on the appropriate framework of analysis in mind, I turn to an examination of the nature and content of the statutory discretion delegated by Parliament under s. 187(1)(a)(ii).

- (1) Under the existing interpretation of s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, may a non-accused surveillance target apply for a judicial order to open the sealed packet, and

réserve d'une contestation subséquente de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Sopinka au nom de la majorité, à la p. 1517:

Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire [en vertu du sous-al. 187(1)a(ii)] mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande. Cela ne modifie pas son pouvoir discrétionnaire relatif à une demande présentée par une cible ou une personne qui n'est pas l'accusé, auxquelles des considérations différentes s'appliquent. Ce n'est pas une modification apportée à la loi; c'est plutôt une modification, eu égard à la *Charte* de l'interprétation que les tribunaux lui avaient donnée. [Je souligne.]

À regret, je ne crois pas que l'analyse adoptée par les juges La Forest et Sopinka dans le présent pourvoi soit fidèle à la méthode retenue précédemment par notre Cour dans l'arrêt *Dersch*. Mes deux collègues subsument effectivement ces deux questions distinctes dans une seule question constitutionnelle, à savoir si une personne non accusée jouit en vertu de la *Charte* d'un droit indépendant d'accès au paquet. Plus grave peut-être, l'analyse simple adoptée par mes collègues fait peu de cas de l'intention et de l'objectif que visait le législateur en adoptant cette disposition. À mon avis, une évaluation du juste équilibre entre les intérêts en jeu auquel le législateur est parvenu en adoptant la disposition doit imprégner la décision de savoir si une personne qui n'a pas été accusée jouit d'un droit constitutionnel d'examiner de tels documents judiciaires confidentiels, en vertu d'un examen de la *Charte* fondé sur l'objet et le contexte.

Tout en tenant compte de ces idées au sujet du cadre d'analyse approprié, je passe maintenant à un examen de la nature et du contenu du pouvoir discrétionnaire délégué par le législateur aux termes du sous-al. 187(1)a(ii).

- (1) En vertu de l'interprétation actuelle du sous-al. 187(1)a(ii) du *Code criminel*, une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée peut-elle demander une ordonnance judiciaire pour faire ouvrir le paquet scellé, et dans l'affirmative, dans quelles condi-

if so, under what conditions should such an order be granted?

The *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2, as amended shortly afterwards by the *Criminal Law Amendment Act, 1977*, S.C. 1976-77, c. 53, was adopted to fill a troubling statutory void by establishing a comprehensive regime for the regulation of electronic surveillance. Prior to the Act, law enforcement officials were subject to few legal restrictions on their ability to intercept private communications, and the historical record suggests that this intrusive state power was frequently exercised well prior to Parliament's intervention. See Report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969 (the Ouimet Report)); N. M. Chorney, "Wiretapping and Electronic Eavesdropping" (1965), 7 *C.L.Q.* 434; MacDonald Royal Commission (Second Report), *Freedom and Security under the Law* (1981), vol. 1, at p. 149. The core purpose of the Act was to enact a general regime for regulation of such surveillance in an effort to balance society's interest in the detection of crime, particularly organized crime, with an individual's right to personal privacy. The central means by which the Act effected its purpose was to impose a general ban on the interception of private communications in the absence of prior authorization. As this Court described the careful legislative balance of the Act in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 44-45:

Electronic surveillance plays an indispensable role in the detection of sophisticated criminal enterprises. Its utility in the investigation of drug related crimes, for example, has been proven time and again. But, for the reasons I have touched on, it is unacceptable in a free society that the agencies of the state be free to use this technology at their sole discretion. The threat this would pose to privacy is wholly unacceptable.

It thus becomes necessary to strike a reasonable balance between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its responsibilities for law enforcement. Parliament has attempted to do this by enacting Part IV.1 of

tions une telle ordonnance devrait-elle être accordée?

La *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2, modifiée peu après par la *Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, S.C. 1976-77, ch. 53, a été adoptée afin de combler un vide juridique inquiétant en établissant un régime global de réglementation de la surveillance électronique. Avant l'adoption de cette loi, les autorités chargées de l'application de la loi se voyaient opposer peu de restrictions légales dans l'exercice de leur pouvoir d'intercepter des communications privées, et l'histoire semble indiquer que ce pouvoir envahissant de l'État était souvent exercé bien avant l'intervention du législateur. Voir Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger* (1969 (le Rapport Ouimet)); N. M. Chorney, «Wiretapping and Electronic Eavesdropping» (1965), 7 *C.L.Q.* 434; Commission royale MacDonald (Deuxième rapport), *La liberté et la sécurité devant la loi* (1981), vol. 1, à la p. 168. La Loi avait pour but principal d'adopter un régime général de réglementation de ce genre de surveillance afin d'établir un équilibre entre l'intérêt de la société à la détection du crime, notamment du crime organisé, et le droit de l'individu au respect de sa vie privée. Le moyen principal auquel la Loi recourait pour réaliser son but consistait à interdire de façon générale l'interception des communications privées en l'absence d'autorisation préalable. Dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, aux pp. 44 et 45, notre Cour décrit ainsi le juste équilibre atteint par la Loi:

La surveillance électronique joue un rôle indispensable dans la découverte d'opérations criminelles complexes. Son utilité dans les enquêtes en matière de stupéfiants, par exemple, a été maintes fois confirmée. Mais, pour les raisons déjà évoquées, il est inadmissible dans une société libre que les organes de l'État puissent se servir de cette technologie à leur seule discrétion. Le péril pour la vie privée serait tout à fait inacceptable.

D'où la nécessité de trouver un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'application des lois. C'est ce qu'a tenté de faire le législateur

the *Code*. An examination of Part IV.1 reveals that Parliament has sought to reconcile these competing interests by providing that the police must always seek prior judicial authorization before using electronic surveillance. [Emphasis added.]

fédéral par l'adoption de la partie IV.1 du *Code*. À l'examen de la partie IV.1, on constate que le Parlement a essayé de concilier ces droits contradictoires en exigeant que la police obtienne une autorisation judiciaire avant de procéder à la surveillance électronique. [Je souligne.]

21

To enforce this ban, the Act armed the individual surveillance target with the means to retroactively challenge the legality of a wiretap following the termination of the surveillance. More specifically, s. 4 of the Act created a civil action in damages against the Crown in right of Canada for unlawful interception of private communications: *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7.2 (now the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 17(1)). This right of action has since been complemented by provincial laws which create a delictual right of action against provincial authorities and others who engage in the interception of private communications without lawful authorization. See, e.g., *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36(2), 1457.

Pour la mise en application de cette interdiction, la Loi a prévu pour la cible de la surveillance électronique la possibilité de contester rétroactivement la légalité de l'écoute électronique après la période de surveillance. Plus particulièrement, l'art. 4 de la Loi a créé une action civile en dommages-intérêts contre la Couronne du chef du Canada pour interception illégale de communications privées: *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7.2 (maintenant *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, par. 17(1)). Des lois provinciales ont complété ce recours en créant un droit d'action en matière délictuelle contre les autorités provinciales et autres qui procèdent à l'interception de communications privées sans autorisation légale. Voir, par exemple, le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, par. 36(2) et art. 1457.

22

The Act, in large part, was modelled on comparable legislation adopted by the U.S. Congress under Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, June 19, 1968, Pub. L. No. 90-351, Title III, § 802, now codified as 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1994) (hereinafter "Title III"). In light of the "striking similarities" between the two statutes, commentators have concluded that the U.S. jurisprudence on Title III provides an "invaluable" source of guidance for issues arising under the Act. See D. Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at p. 1; D. A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), at p. 3. This Court has relied on Title III as a helpful tool for interpreting the scope of Part VI in light of the "remarkable similarity" between the two legislative regimes: *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 631, at p. 680, *per* Estey J. However, this Court has drawn inferences from important differences between the two regimes: *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1137 (specific minimization requirement under Title III);

La Loi prenait modèle, en grande partie, sur un texte législatif comparable adopté par le Congrès américain en vertu du titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, loi du 19 juin 1968, Pub. L. No. 90-351, titre III, § 802, maintenant codifié et désigné comme étant le 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1994) (ci-après le «titre III»). Compte tenu des «ressemblances frappantes» entre les deux lois, les commentateurs ont conclu que la jurisprudence américaine concernant le titre III fournit une source «inestimable» d'indications relativement aux questions qui se posent en vertu de la Loi. Voir D. Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), à la p. 1; D. A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), à la p. 3. Notre Cour a également recouru au titre III pour interpréter la portée de la partie VI compte tenu de la «ressemblance étonnante» entre les deux régimes législatifs: *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 631, à la p. 680, le juge Estey. Cependant, notre Cour a tiré certaines déductions des différences importantes existant entre les deux régimes: *R. c. Thompson*,

Dersch, supra, at p. 1511 (specific requirement of delivery of application to accused prior to trial under Title III).

Under Part VI of the *Criminal Code*, law enforcement officials may apply for an authorization to execute an electronic surveillance upon an *ex parte* application filed with supporting affidavits to a designated judge. Under s. 186(1), a judge may authorize an interception of private communications if the judge is satisfied that “it would be in the best interests of the administration of justice to do so”. This Court explained in *Duarte, supra*, at p. 45, that the “best interest of the administration of justice” requires, at a minimum, that law enforcement officials have demonstrated reasonable and probable grounds that an offence has been committed and that communications relating to the offence will be intercepted. If the court issues an authorization, the surveillance must be carried out in accordance with the terms and conditions of the authorization. Within 90 days following the expiration of the authorization, the Crown must then deliver a written notification to the surveillance target stating that an authorization had been issued and executed, but the notice is not required to disclose the contents and details of the authorization. See s. 196(1).

Following completion of the *ex parte* hearing for authorization, the *Code* dictates that the application and supporting affidavits are “confidential” and shall be “placed in a packet and sealed” by a designated judge. However, Parliament created a statutory mechanism for seeking a judicial order to open and examine the packet under s. 187(1)(a)(ii) (originally R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178(1)(a)(ii)). The provision (since amended) reads as follows:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet

[1990] 2 R.C.S. 1111, à la p. 1137 (exigence de minimisation prévue expressément au titre III); *Dersch*, précité, à la p. 1511 (exigence quant à la notification de la demande à l'accusé avant le procès, prévue expressément au titre III).

En vertu de la partie VI du *Code criminel*, les autorités chargées de l'application de la loi peuvent demander l'autorisation de procéder à la surveillance électronique en présentant à un juge désigné une demande *ex parte* accompagnée d'affidavits à l'appui. En vertu du par. 186(1), le juge peut autoriser l'interception de communications privées s'il est convaincu que «l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice». Notre Cour a expliqué dans *Duarte*, précité, à la p. 45, que «le meilleur moyen de servir l'administration de la justice» exige, au moins, que les autorités chargées de l'application de la loi aient prouvé l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que des communications relatives à l'infraction seront interceptées. Si le tribunal délivre une autorisation, la surveillance devra être effectuée conformément aux modalités qui y sont indiquées. Dans les 90 jours suivant l'expiration de l'autorisation, le ministère public doit ensuite notifier par écrit à la cible de la surveillance qu'une autorisation avait été accordée et exécutée, mais il n'est pas nécessaire que l'avis divulgue le contenu et les détails de l'autorisation. Voir le par. 196(1).

Le *Code* dispose que, après la tenue de l'audience *ex parte* en vue de l'autorisation, la demande et les affidavits à l'appui sont «confidentiels» et doivent être «placés dans un paquet scellé» par un juge désigné. Cependant, le législateur a prévu un mécanisme de demande d'ordonnance judiciaire pour faire ouvrir et examiner le paquet au sous-al. 187(1)(a)(ii) (initialement S.R.C. 1970, ch. C-34, sous-al. 178(1)(a)(ii)). La disposition (modifiée depuis) est rédigée ainsi:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 185 ou des paragraphes 186(6) ou 196(2) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par

shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552; and

(b) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (a)(ii). [Emphasis added.]

The provision permits a broad range of unspecified parties to apply for an order under s. 187(1)(a)(ii). However, it provides no guidance as to what conditions would warrant a disclosure order. The virtually unanimous view is that Parliament originally intended to leave such issues to the discretion of the court rather than to create an automatic right to access to the packet to specific parties in specific circumstances. See *Dersch, supra*, at p. 1510, per Sopinka J. (“Parliament, therefore, intended to confer on the judge an unlimited discretion”); *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1479, per McLachlin J. (“[T]he matter is in the discretion of the judge hearing the application”); *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, at p. 491, per Sopinka J. (“The judge hearing an application under this section has a broad discretion to decide whether or not to provide access”), and at p. 518, per L’Heureux-Dubé J. (“[The legislator] left the courts with the task of deciding the proper approach to the matter”). Nonetheless, the state’s interest in the confidentiality of its investigations was intended to be a major consideration in the judicial exercise of this discretion. As Sopinka J. described this state interest in *Dersch, supra*, at p. 1510:

The purpose of the confidentiality provision of this section is apparently to ensure that the investigation is kept secret during the currency of the authorization and to protect informers, police techniques and procedures once the authorization is spent.

le tribunal, en un lieu auquel le public n’a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut:

a) être ouvert et son contenu ne peut être enlevé, si ce n’est:

(i) soit pour traiter d’une demande de renouvellement de l’autorisation,

(ii) soit en application d’une ordonnance d’un juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle ou d’un juge au sens de l’article 552;

b) être détruit, si ce n’est en application d’une ordonnance d’un juge mentionné au sous-alinéa a)(ii). [Je souligne.]

La disposition permet à toute une gamme de parties non mentionnées de demander une ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii). Toutefois, elle ne fournit aucune indication quant aux conditions qui justifieraient une ordonnance de divulgation. On estime presque unanimement que le législateur voulait à l’origine laisser ces questions à la discrétion du tribunal plutôt que de prévoir un droit automatique d’accès au paquet pour des parties précises dans des circonstances précises. Voir *Dersch*, précité, à la p. 1510, le juge Sopinka («Le Parlement a donc voulu conférer au juge un pouvoir discrétionnaire illimité»); *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, à la p. 1479, le juge McLachlin («[L]a solution relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande»); *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, à la p. 491, le juge Sopinka («Le juge saisi d’une demande d’accès présentée en vertu de cette disposition jouit, pour en disposer, d’un large pouvoir discrétionnaire») et à la p. 518, le juge L’Heureux-Dubé («[Le législateur] a laissé aux tribunaux le soin de décider des critères applicables en la matière»). Néanmoins, l’intérêt de l’État à la confidentialité de ses enquêtes était censé être une considération importante dans l’exercice judiciaire de ce pouvoir discrétionnaire. Le juge Sopinka décrit ainsi cet intérêt de l’État dans *Dersch*, précité, à la p. 1510:

La disposition relative à la confidentialité a apparemment pour objet d’assurer que l’enquête sera tenue secrète pendant la durée de l’autorisation et de protéger les informateurs, ainsi que les techniques et procédures policières quand l’autorisation est expirée.

And as McLachlin J. expressed in her dissent in *Garofoli, supra*, at p. 1480: “Parliament’s dominant intention was that the documents [within the packet] should remain confidential”.

This particular statutory provision has since been amended by Parliament in response to this Court’s rulings in *Dersch* and *Garofoli*. In 1993, Parliament recast Part VI to give legislative recognition to the accused’s constitutional right to examine the packet prior to trial. The language of the amended provision reads as follows:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to any provision of this Part are confidential and, subject to subsection (1.1), shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be dealt with except in accordance with subsections (1.2) to (1.5).

(1.3) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet.

(1.4) A judge or provincial court judge before whom a trial is to be held and who has jurisdiction in the province in which an authorization was given may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet if

(a) any matter relevant to the authorization or any evidence obtained pursuant to the authorization is in issue in the trial; and

(b) the accused applies for such an order for the purpose of consulting the documents to prepare for trial.

(4) Where a prosecution has been commenced and an accused applies for an order for the copying and examination of documents pursuant to subsection (1.3) or (1.4), the judge shall not, notwithstanding those subsections, provide any copy of any document to the accused until the prosecutor has deleted any part of the copy of

Et comme le juge McLachlin l’a dit dans ses motifs de dissidence dans *Garofoli*, précité, à la p. 1480: «L’intention principale du législateur était de préserver le caractère confidentiel des documents [à l’intérieur du paquet]».

Cette disposition législative particulière a été modifiée depuis par le législateur pour donner suite aux arrêts de notre Cour *Dersch* et *Garofoli*. En 1993, le législateur a remanié la partie VI afin de reconnaître sur le plan législatif le droit constitutionnel d’un accusé d’examiner le paquet avant le procès. Voici le texte de la disposition modifiée:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de la présente partie sont confidentiels et, sous réserve du paragraphe (1.1), sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu’une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n’a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut en être disposé que conformément aux paragraphes (1.2) à (1.5).

(1.3) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l’article 552 peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s’y trouvent.

(1.4) S’il a compétence dans la province où l’autorisation a été donnée, le juge ou le juge de la cour provinciale devant lequel doit se tenir le procès peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s’y trouvent si les conditions suivantes sont réunies:

a) une question en litige concerne l’autorisation ou les éléments de preuve obtenus grâce à celle-ci;

b) le prévenu fait une demande à cet effet afin de consulter les documents pour sa préparation au procès.

(4) Dans le cas où une poursuite a été intentée et que le prévenu demande une ordonnance pour copie et examen des documents conformément aux paragraphes (1.3) ou (1.4), le juge ne peut, par dérogation à ces paragraphes, remettre une copie des documents au prévenu qu’après que le poursuivant a supprimé toute partie des

the document that the prosecutor believes would be prejudicial to the public interest, including any part that the prosecutor believes could

- (a) compromise the identity of any confidential informant;
- (b) compromise the nature and extent of ongoing investigations;
- (c) endanger persons engaged in particular intelligence-gathering techniques and thereby prejudice future investigations in which similar techniques would be used; or
- (d) prejudice the interests of innocent persons.

(5) After the prosecutor has deleted the parts of the copy of the document to be given to the accused under subsection (4), the accused shall be provided with an edited copy of the document. [Emphasis added.]

Under this new legislation, it is clear that both an accused person and a non-accused person are entitled to apply for access to the packet. However, consistent with *Dersch*, Parliament adopted a mandatory regime of disclosure for an accused person. Under the new legislation, an accused is entitled to apply for access to the packet to prepare for trial under either s. 187(1.3) or 187(1.4); following appropriate blacklining by the Crown under the procedure stipulated by s. 187(4), the Crown “shall” deliver the edited wiretap application and affidavits to the accused in accordance with s. 187(5). But in contrast to this mandatory regime, Parliament specifically chose to preserve a discretionary regime of disclosure in addressing applications by non-accused persons. A non-accused person may apply for access to the packet under s. 187(1.3), but Parliament specifically omitted to stipulate that the Crown “shall” deliver the contents of the packet in response to such a request.

copies qui, à son avis, serait de nature à porter atteinte à l’intérêt public, notamment si le poursuivant croit, selon le cas, que cette partie:

- a) pourrait compromettre la confidentialité de l’identité d’un informateur;
- b) pourrait compromettre la nature et l’étendue des enquêtes en cours;
- c) pourrait mettre en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes d’obtention de renseignements et compromettre ainsi la tenue d’enquêtes ultérieures au cours desquelles de telles techniques seraient utilisées;
- d) pourrait causer un préjudice à un innocent.

(5) Une copie des documents, après avoir été ainsi révisée par le poursuivant, est remise au prévenu. [Je souligne.]

En vertu de ce nouveau texte législatif, il est clair qu’une personne accusée et une personne non accusée ont toutes deux le droit de demander l’accès au paquet. Cependant, en accord avec l’arrêt *Dersch*, le législateur a adopté un obligatoire de divulgation dans le cas d’une personne accusée. En vertu du nouveau texte législatif, un accusé a le droit de demander l’accès au paquet pour préparer son procès, en vertu du par. 187(1.3) ou du par. 187(1.4); après avoir bien masqué les passages pertinents selon la procédure prévue au par. 187(4), le ministère public «remet» à l’accusé la demande et les affidavits révisés relatifs à l’écoute électronique conformément au par. 187(5). Mais par opposition à ce régime de divulgation obligatoire, le législateur a choisi précisément de préserver un régime discretionnaire de divulgation pour le traitement des demandes présentées par des personnes qui n’ont pas été accusées. Une personne non accusée peut demander l’accès au paquet en vertu du par. 187(1.3), mais le législateur a expressément prévu que le ministère public «peut» remettre le contenu du paquet pour donner suite à une telle demande.

The drafting of both s. 187(1)(a)(ii) and the recent s. 187(1.3) closely parallels the applicable U.S. legislation. Under the scheme of Title III, a wiretap application is similarly sealed following approval of the authorization. However, an indi-

Le texte du sous-al. 187(1)a)(ii) ainsi que celui du récent par. 187(1.3) se rapproche étroitement du texte de la loi américaine applicable. Sous le régime du titre III, une demande d’écoute électronique est également scellée après que l’autorisa-

vidual who faces criminal prosecution on the basis of intercepted communications is entitled to examine the confidential application prior to trial; as noted in *Dersch*, at p. 1511, unlike Part VI of the *Code*, § 2518(9) of Title III specifically provides that copies of the wiretap application must be delivered to an accused 10 days before trial in order to extend the accused adequate opportunity to seek suppression of the wiretap evidence. On the other hand, where a non-accused individual seeks to examine the application, § 2518(8)(d) stipulates that a court enjoys a discretion to withhold access in the absence of a showing of "good cause". Section 2518(8) reads in part as follows:

§ 2518. Procedure for interception of wire or oral communications

(8)(a) . . .

(b) Applications made and orders granted under this chapter shall be sealed by the judge. Custody of the applications and orders shall be wherever the judge directs. Such applications and orders shall be disclosed only upon a showing of good cause before a judge of competent jurisdiction and shall not be destroyed except on order of the issuing or denying judge, and in any event shall be kept for ten years.

(d) Within a reasonable time but not later than ninety days after the filing of an application for an order of approval under section 2518(7)(b) which is denied or the termination of the period of an order or extensions thereof, the issuing or denying judge shall cause to be served, on the persons named in the order or the application, and such other parties to intercepted communications as the judge may determine in his discretion that is in the interest of justice, an inventory which shall include notice of —

(1) the fact of the entry of the order or the application;

tion a été approuvée. Toutefois, la personne qui fait face à des poursuites criminelles fondées sur les communications interceptées a le droit d'examiner la demande confidentielle avant le procès; comme il est mentionné dans l'arrêt *Dersch*, à la p. 1511, contrairement à la partie VI du *Code*, le par. 2518(9) du titre III prévoit expressément que des copies de la demande d'écoute électronique doivent être remises à un accusé 10 jours avant le procès afin de bien permettre à l'accusé de demander la suppression de la preuve obtenue par écoute électronique. Par ailleurs, l'al. 2518(8)d dispose que, lorsqu'une personne qui n'a pas été accusée cherche à examiner la demande, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de permettre l'accès au paquet en l'absence de preuve quant à l'existence d'un «motif valable». Le paragraphe 2518(8) dispose notamment:

[TRADUCTION] § 2518. Procédure pour l'interception de communications orales ou par fil

(8)(a) . . .

b) Les demandes présentées et les ordonnances accordées en vertu du présent chapitre sont scellées par le juge. Elles sont gardées à l'endroit que le juge désigne. Ces demandes et ces ordonnances ne sont divulguées qu'après présentation d'une preuve de l'existence d'un motif valable devant un juge d'un tribunal compétent et ne sont pas détruites, sauf sur ordonnance du juge qui les a rendues ou rejetées, et de toute façon elles sont gardées pendant dix ans.

d) Dans un délai raisonnable ne dépassant pas quarante jours du dépôt d'une demande d'ordonnance d'approbation en vertu de l'alinéa 2518(7)b) qui est rejetée ou de la durée d'une ordonnance ou de ses prolongations, le juge qui l'a rendue ou rejetée doit faire signifier, aux personnes nommées dans l'ordonnance ou la demande et à toutes les autres parties aux communications interceptées qu'il peut déterminer selon son pouvoir discrétionnaire être dans l'intérêt de la justice d'informer, un relevé qui comprend un avis —

(1) du fait de l'inscription de l'ordonnance ou de la demande;

(2) the date of the entry and the period of authorized, approved or disapproved interception, or the denial of the application; and

(3) the fact that during the period wire, oral, or electronic communications were or were not intercepted.

The judge, upon the filing of a motion, may in his discretion make available to such person or his counsel for inspection such portions of the intercepted communications, applications and orders as the judge determines to be in the interest of justice. . . . [Emphasis added.]

In short, both s. 187(1)(a)(ii) and § 2518(8)(d) leave it to the court's discretion to balance the state's interest in the confidentiality of the packet against the individual's interest in privacy.

27

Before proceeding to examine the judicial interpretation of s. 187(1)(a)(ii), I wish to highlight one ambiguity in relation to the procedure for opening the packet which subsists notwithstanding the procedural detail of this Court's judgments in *Dersch* and *Garofoli*. The provision simply states that the packet shall not be opened in the absence of a judicial order. But it does not clarify whether a judge may temporarily open and examine the contents of the packet *in camera* (i.e., in private without disclosure to the parties) for the narrow purpose of ruling on a s. 187(1)(a)(ii) application, or whether a judge must render a ruling on a s. 187(1)(a)(ii) application without any reference to the materials within the packet. Moreover, a stark, literal reading of the provision would appear to suggest that the court must rule on such a motion while turning a blind eye to the contents of the packet. In this instance, it seems that Paul J. did indeed examine the contents of the packet in considering the application before him. In response to the allegation that the application did not mention the appellant's status as a lawyer, Paul J. informed the parties that the application did indeed specify the appellant's occupation in accordance with s. 185(1)(e).

28

In my view, the provision should be interpreted as permitting a judge to examine the contents of

(2) de la date de l'inscription et de la durée de l'interception autorisée, approuvée ou refusée, ou du rejet de la demande;

(3) du fait que, durant la période concernée, des communications orales, électroniques ou par fil ont été ou non interceptées.

Sur dépôt d'une requête, le juge peut à sa discrétion mettre à la disposition d'une telle personne ou de son avocat à des fins d'inspection les parties des communications interceptées, des demandes et des ordonnances qu'il estime être dans l'intérêt de la justice. [Je souligne.]

En résumé, le sous-al. 187(1)(a)(ii) et l'al. 2518(8)(d) laissent tous deux à la discrétion du tribunal le soin d'établir un équilibre entre l'intérêt de l'État à la confidentialité du paquet et le droit de la personne à la protection de sa vie privée.

Avant de procéder à l'examen de l'interprétation judiciaire du sous-al. 187(1)(a)(ii), je voudrais signaler une ambiguïté concernant la procédure d'ouverture du paquet, qui persiste malgré les détails sur la procédure fournis par notre Cour dans les arrêts *Dersch* et *Garofoli*. La disposition prévoit simplement que le paquet ne doit pas être ouvert sans ordonnance judiciaire. Mais elle ne précise pas si un juge peut ouvrir provisoirement et examiner le contenu du paquet à huis clos (c.-à-d. en privé sans divulgation aux parties) strictement aux fins de se prononcer sur une demande visée au sous-al. 187(1)(a)(ii), ou si un juge doit rendre une décision sur une demande visée au sous-al. 187(1)(a)(ii) sans se reporter aux documents qui se trouvent dans le paquet. De plus, une interprétation stricte et littérale de la disposition pourrait amener à penser que le tribunal doit se prononcer sur une telle requête sans tenir compte du contenu du paquet. Dans la présente affaire, il semble que le juge Paul a effectivement examiné le contenu du paquet pour étudier la demande dont il était saisi. En réponse à l'allégation selon laquelle la demande ne mentionnait pas la qualité d'avocat de l'appellant, le juge Paul a informé les parties que la demande précisait bien la profession de l'appelant conformément à l'al. 185(1)e).

À mon avis, la disposition devrait être interprétée comme permettant à un juge d'examiner le

the packet in private for the restricted purpose of adjudicating a s. 187(1)(a)(ii) application. The confidentiality interests underlying the provision are simply not triggered when a competent judicial authority examines the contents of the packet *in camera*. As illustrated in this instance, such an examination would be helpful in promptly disposing of a motion for access where the alleged deficiencies of the application are simply not borne out on the face of the application. If an order for access is not issued, the relevant materials would be returned to the packet, with no disclosure of the contents to parties.

I note that U.S. courts have similarly concluded that a designated judge is entitled to examine the “sealed” wiretap application and authorization in determining whether to grant an accused or non-accused person access to the materials under § 2518(8)(d). For endorsement of a federal court’s ability to examine the wiretap application *in camera*, see *In re Lochiatto*, 497 F.2d 803 (1st Cir. 1974), at p. 808; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, 413 F.Supp. 1321 (E.D. Pa. 1976), at p. 1333; *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, 708 F.2d 27 (1st Cir. 1983), at p. 28; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, 723 F.2d 1022 (1st Cir. 1983), at p. 1027.

I now turn to examine the judicial understanding of the statutory discretion vested by s. 187(1)(a)(ii). The relevant case law spans some 16 years prior to this Court’s ruling in *Dersch*, and it only deserves a brief summary in light of this Court’s exhaustive survey of the prior jurisprudence in *Dersch*, *supra*, at pp. 1511-14, *per Sopinka J.*, and more recently in *Durette*, *supra*, at pp. 518-28, *per L’Heureux-Dubé J.* In brief, prior to the advent of the *Charter*, Canadian courts ruled quite consistently that judicial discretion to open

contenu du paquet en privé dans le but restreint de trancher une demande fondée sur le sous-al. 187(1)(a)(ii). Le droit à la confidentialité qui sous-tend la disposition n’est tout simplement pas mis en jeu quand une autorité judiciaire compétente examine le contenu du paquet à huis clos. Comme le montre bien la présente affaire, un tel examen serait utile pour disposer rapidement d’une demande d’accès au paquet lorsque les lacunes alléguées de la demande ne ressortent pas à sa lecture même. Si le tribunal ne rendait pas d’ordonnance d’accès, les documents pertinents seraient remis dans le paquet et son contenu ne serait pas divulgué aux parties.

Je remarque que les tribunaux américains ont conclu de la même manière qu’un juge désigné a le droit d’examiner l’autorisation et la demande d’écoute électronique qui sont «scellées» pour déterminer s’il y a lieu d’accorder à une personne qui a été accusée ou à une personne qui ne l’a pas été l’accès aux documents en vertu de l’al. 2518(8)d). À l’appui du pouvoir d’un tribunal fédéral d’examiner la demande d’écoute électronique à huis clos, voir *In re Lochiatto*, 497 F.2d 803 (1st Cir. 1974), à la p. 808; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, 413 F.Supp. 1321 (E.D. Pa. 1976), à la p. 1333; *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, 708 F.2d 27 (1st Cir. 1983), à la p. 28; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, 723 F.2d 1022 (1st Cir. 1983), à la p. 1027.

Je vais maintenant examiner comment les tribunaux ont interprété le pouvoir discrétionnaire conféré par le sous-al. 187(1)(a)(ii). La jurisprudence pertinente couvre les quelque 16 années qui ont précédé l’arrêt *Dersch* rendu par notre Cour, et elle ne mérite qu’un court résumé compte tenu de l’étude exhaustive de la jurisprudence antérieure que notre Cour a effectuée dans l’arrêt *Dersch*, précité, aux pp. 1511 à 1514, le juge Sopinka, et plus récemment dans l’arrêt *Durette*, précité, aux pp. 518 à 528, le juge L’Heureux-Dubé. En bref,

the sealed packet ought to be exercised sparingly in light of the state's strong interest in limiting the disclosure of its investigative techniques and the identity of its informers. More specifically, the courts held that once a judge had concluded that the face of the surveillance application raises reasonable and probable grounds for a search, the application and supporting materials should be sealed and should not be disclosed to the subject of the surveillance in the absence of rare and exceptional circumstances: *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (Alta. S.C.T.D.), at p. 219. In almost all the reported cases, the party seeking access was only able to obtain an order compelling disclosure of the contents of the packet upon a threshold showing that the authorization was obtained on the basis of fraud or wilful non-disclosure by the Crown. See, e.g., *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257 (B.C.S.C.); *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (Ont. H.C.); *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (B.C.S.C.), at p. 237; *R. v. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248 (Nfld. Dist. Ct.), at pp. 257-58. See also S. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), at p. 97; Bellemare, *supra*, at pp. 353-56; Watt, *supra*, at pp. 248-52. This line of cases paralleled a similarly consistent body of authority which held that an accused could not challenge the legality of an authorization previously issued by a different judge in the absence of some showing of fraud or non-disclosure by the Crown. See *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), at pp. 371-72; *R. v. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390 (B.C.C.A.), at p. 400; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at pp. 599-600 and 604, *per* McIntyre J.

avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont statué presque inmanquablement que le juge doit exercer avec modération son pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet scellé étant donné l'intérêt important qu'a l'État à restreindre la divulgation de ses méthodes d'enquête et de l'identité de ses indicateurs. Plus précisément, les tribunaux ont estimé que, une fois qu'un juge a conclu que la demande de surveillance présente à sa lecture même des motifs raisonnables et probables pour justifier une perquisition, la demande et les documents à l'appui devraient être scellés et ne pas être divulgués à la personne soumise à la surveillance, sauf dans des circonstances rares et exceptionnelles. *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (C.S. 1^{re} inst. Alb.), à la p. 219. Dans presque tous les arrêts signalés, la partie qui demandait d'avoir accès au paquet scellé ne pouvait obtenir une ordonnance imposant la divulgation de son contenu que si elle prouvait au préalable que l'autorisation avait été obtenue par fraude ou en raison de non-divulgation volontaire de la part du ministère public. Voir, par exemple, *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257 (C.S.C.-B.); *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (H.C. Ont.); *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (C.S.C.-B.), à la p. 237; *R. c. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248 (C. dist. T.-N.), aux pp. 257 et 258. Voir également S. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), à la p. 97; Bellemare, *op. cit.*, aux pp. 353 à 356; Watt, *op. cit.*, aux pp. 248 à 252. Ces arrêts s'inscrivent en parallèle à une doctrine et à une jurisprudence, également constantes, selon lesquelles un accusé ne peut pas contester la légalité d'une autorisation accordée antérieurement par un juge différent sans preuve de fraude ou de non-divulgation de la part du ministère public. Voir *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), aux pp. 371 et 372; *R. c. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390 (C.A.C.-B.), à la p. 400; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, aux pp. 599, 600 et 604, le juge McIntyre.

31 These courts concluded that Parliament's concern for confidentiality ought to be accorded

Ces tribunaux ont conclu qu'il fallait accorder beaucoup d'égards à l'intérêt du législateur pour la

considerable deference in the exercise of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii). The justification offered by Anderson J. (later J.A.) in *Miller*, at p. 288, for restricting access to the packet to exceptional circumstances is illustrative:

Another reason for holding that there is no right of review, is that, in my opinion, Parliament did not provide for or intend that the sealed packet be opened merely for the purpose of ascertaining whether grounds existed for quashing the authorization. I do not think that a judicial discretion (to open the packet) should be exercised on the basis that defence counsel wish to engage in a fishing expedition. Surely, at the very least, some grounds must be stated before an application to open the packet can succeed. If this were not so, the material which Parliament ordered should be kept secret would become a matter of public knowledge, in every case, where it was stated that the Crown wished to make use of private communications or evidence derived by the use of private communications. [Emphasis added.]

Furthermore, these cases attached great importance to the fact that the wiretap had already been the subject of a prior judicial authorization. Since a judge had already previously determined that the materials filed in support of the application raised reasonable and probable grounds for a search, the courts concluded that a party was not entitled to mount a collateral attack against the original authorization in the absence of at least some evidence which indicated that the authorization was procured on a defective basis. As Zuber J.A. underscored in *Welsh and Iannuzzi, supra*, at p. 371:

The authorization, once given, enables the authorities to proceed to a lawful interception [of private communications]. A second consideration of the adequacy of the material supporting the authorization by the trial Judge, for the purpose of determining retrospectively whether or not the interception was lawful, is inconsistent with the whole scheme of Part IV.1 of the *Code*.

This Court employed similar reasoning in *Wilson, supra*, in holding that a trial judge may not collaterally attack an authorization rendered by a designated judge under Part VI of the *Code*. As

confidentialité dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii). La justification que le juge Anderson (nommé plus tard à la Cour d'appel) a fournie dans *Miller*, à la p. 288, pour restreindre l'accès au paquet à des cas exceptionnels le montre bien:

[TRADUCTION] Pour affirmer qu'il n'y a aucun droit de révision, on peut invoquer aussi, à mon sens, l'argument que le législateur n'a ni prescrit ni voulu que l'on puisse ouvrir le paquet scellé simplement pour vérifier s'il existe des motifs d'annuler l'autorisation. Je ne pense pas que la volonté des avocats de la défense de faire une expédition de pêche justifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (pour l'ouverture du paquet). Il est certain qu'il faut, à tout le moins, faire valoir certains motifs pour que la cour fasse droit à la demande d'ouverture du paquet. Sans quoi, les documents que le législateur a prescrit de garder secrets seraient portés à la connaissance du public, dans tous les cas où le ministère public voudrait utiliser des communications privées ou des éléments de preuve tirés de telles communications. [Je souligne.]

De plus, ces arrêts attachaient une grande importance au fait que l'écoute électronique avait déjà fait l'objet d'une autorisation judiciaire. Comme un juge avait déjà décidé que les documents déposés à l'appui de la demande comportaient des motifs raisonnables et probables pour justifier une perquisition, les tribunaux ont conclu qu'une partie n'avait pas le droit d'attaquer indirectement l'autorisation initiale si elle n'avait pas au moins certains éléments de preuve indiquant que l'autorisation avait été obtenue de façon fautive. Comme le juge Zuber l'a souligné dans *Welsh and Iannuzzi*, précité, à la p. 371:

[TRADUCTION] Une fois accordée, l'autorisation habilite les autorités à effectuer légalement l'interception [de communications privées]. Un second examen visant à déterminer si les documents soumis au juge du procès à l'appui de la demande d'autorisation étaient adéquats et à déterminer a posteriori si l'interception était légale, est incompatible avec l'esprit de la partie IV.1 du *Code*.

Notre Cour a suivi un raisonnement similaire dans *Wilson*, précité, pour soutenir que le juge du procès ne peut pas attaquer indirectement une autorisation accordée en vertu de la partie VI du *Code* par un

McIntyre J. explained for a 3:2 majority of the Court, at pp. 604-5:

[The cited authorities] confirm the well-established and fundamentally important rule, relied on in the case at bar in the Manitoba Court of Appeal, that an order of a court which has not been set aside or varied on appeal may not be collaterally attacked and must receive full effect according to its terms.

The question then is: has Parliament by the enactment of Part IV.1 of the *Criminal Code* altered the rule which would render the authorizations immune from collateral attack? In my opinion, the answer must be no.

33

The ability of a non-accused surveillance target to obtain access to the confidential packet under the predecessor of s. 187(1)(a)(ii) was specifically addressed in *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1 (Ont. H.C.). The applicant stood in a similar position to the appellant before this Court; he received notification of wiretap under the equivalent of s. 196(1) of the *Code*, but no criminal proceedings were ever brought against him. Galligan J. held that the principles of *Miller, supra*, and *Stewart, supra*, applied *mutatis mutandis* to the circumstances of a non-accused target, and thus the applicant was not entitled to access to both the authorization and packet in the absence of exceptional circumstances. As Galligan J. explained, at pp. 3-4, Parliament's interest in preserving the confidentiality of the packet should be the dominant consideration:

It is my opinion that all of the documents leading to and including the authorization are confidential, regardless of whether or not a charge is laid against the person who had been the object of an authorization. I can find nothing in the Code which makes any distinction with respect to confidentiality between cases where a charge is laid, and those where no charge is laid.

After considering all of the provisions of the Invasion of Privacy Part of the *Code*, it is my opinion that the

juge désigné. Ainsi que le juge McIntyre l'explique au nom de la majorité de trois juges contre deux, aux pp. 604 et 605:

[Les arrêts cités] confirment la règle bien établie et fondamentalement importante sur laquelle la Cour d'appel du Manitoba s'est fondée en l'espèce. Cette règle porte qu'une ordonnance d'une cour, qui n'a été ni annulée ni modifiée en appel, ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte et doit être appliquée intégralement.

La question est donc la suivante: le Parlement a-t-il, par l'adoption de la partie IV.1 du *Code criminel*, modifié la règle selon laquelle les autorisations ne peuvent faire l'objet d'une attaque indirecte? À mon avis, la réponse doit être «non».

La possibilité pour une cible de surveillance électronique non accusée d'avoir accès au paquet confidentiel en vertu de la disposition législative qui a précédé le sous-al. 187(1)a(ii) a été expressément examinée dans *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1 (H.C. Ont.). Le requérant se trouvait dans une situation semblable à celle de l'appelant en l'espèce; il avait été avisé de l'écoute électronique, en vertu du texte équivalant au par. 196(1) du *Code*, mais aucune poursuite criminelle n'a jamais été intentée contre lui. Le juge Galligan a conclu que les principes énoncés dans les arrêts *Miller* et *Stewart*, précités, s'appliquaient *mutatis mutandis* aux circonstances d'une cible qui n'a pas été accusée et que le requérant n'avait donc pas le droit d'avoir accès à l'autorisation ni au paquet en l'absence de circonstances exceptionnelles. Comme le juge Galligan l'a expliqué, aux pp. 3 et 4, l'intérêt du législateur à la préservation du caractère confidentiel du paquet devrait être une considération dominante:

[TRADUCTION] À mon avis, tous les documents qui mènent à l'obtention d'une autorisation ainsi que l'autorisation elle-même sont confidentiels, sans égard au fait que des accusations soient portées ou non contre la personne visée par l'autorisation. Je ne trouve rien dans le Code qui établisse une distinction en ce qui a trait à la confidentialité entre les cas où des accusations sont portées et ceux où elles ne le sont pas.

Après examen de toutes les dispositions de la partie du *Code* relative aux atteintes à la vie privée, j'estime

intention of Parliament is that the confidence must be restricted solely to those who absolutely need to know, *i.e.*, the law enforcement agency on whose behalf of the Attorney-General applies, the Judge who hears the application, and only such other persons who must be shown the authorization in order to permit the law enforcement agency to actually perform its surveillance, for example, the telephone company. I can find nothing to suggest that Parliament intended that a person who was the object of the authorization should be included within those who are entitled to see the authorization. [Emphasis added.]

The ruling of Galligan J. was affirmed by the Ontario High Court (1978), 38 C.C.C. (2d) 349, and by the Ontario Court of Appeal (1979), 46 C.C.C. (2d) 327. As Southey J. held at the High Court (at p. 352):

I agree entirely with the decision of Galligan, J., in this matter that the authorization, together with the other documents in connection with an application for an interception, are confidential, subject only to an order for disclosure made under [s. 187(1)(a)(ii)]. As was held by Galligan, J., that confidentiality continues notwithstanding that no charges are laid against the object of the interception.

In support of his conclusion, Southey J. drew attention to the limited content of the notice delivered to a surveillance target under the predecessor of s. 196(1) of the *Code*. Since Parliament explicitly chose to limit the substance of such notice to the bare fact that an interception had taken place, Southey J. reasoned that Parliament must have wished to prevent further disclosure of the facts surrounding the wiretap authorization or its execution. As he stated, at pp. 352-53:

It would be quite inconsistent with the confidentiality of the authorization and the other documents, in my judgment, to interpret [s. 196(1)] as requiring the Attorney-General in a notification to give to the object of the interception the information contained in such confidential documents.

[Counsel] pointed out that Parliament went into great detail in [s. 186(4)] in specifying the particulars to be contained in an authorization and in [s. 195(1)] in speci-

que le législateur veut que les faits ne soient connus que de ceux qui ont absolument besoin d'être au courant, c'est-à-dire l'organisme chargé de l'application de la loi au nom duquel le procureur général fait la demande, le juge qui est saisi de la demande et les seules autres personnes qui doivent prendre connaissance de l'autorisation pour permettre que l'organisme chargé de l'application de la loi procède effectivement à la surveillance, par exemple, la compagnie de téléphone. Je ne vois rien qui donne à penser que l'intention du législateur était qu'une personne visée par une autorisation soit comprise parmi celles qui ont le droit de prendre connaissance de l'autorisation. [Je souligne.]

La décision du juge Galligan a été confirmée par la Haute Cour de l'Ontario (1978), 38 C.C.C. (2d) 349, et par la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 46 C.C.C. (2d) 327. Comme l'a dit le juge Southey de la Haute Cour (à la p. 352):

[TRADUCTION] Je suis entièrement d'accord avec la décision du juge Galligan à ce sujet que l'autorisation ainsi que les autres documents relatifs à une demande d'interception de communications privées sont confidentiels, sous réserve seulement d'une ordonnance de divulgation rendue en vertu du [sous-al. 187(1)(a)(ii)]. Comme a conclu le juge Galligan, le caractère confidentiel subsiste bien qu'aucune accusation n'ait été portée contre la personne qui a fait l'objet de l'interception.

À l'appui de sa conclusion, le juge Southey a attiré l'attention sur le contenu restreint de l'avis donné à une cible de surveillance électronique en vertu du texte qui a précédé le par. 196(1) du *Code*. Comme le législateur a expressément choisi de limiter le contenu d'un tel avis au simple fait qu'il y a eu interception, le juge Southey a estimé que le législateur a dû vouloir empêcher toute autre divulgation des faits entourant l'autorisation d'écoute électronique ou son exécution. Il a dit, aux pp. 352 et 353:

[TRADUCTION] Il serait, selon moi, tout à fait incompatible avec le caractère confidentiel de l'autorisation et des autres documents d'interpréter [le par. 196(1)] comme exigeant que le procureur général donne dans un avis, à la personne visée par l'interception, les renseignements contenus dans ces documents confidentiels.

[L'avocat] a signalé que le législateur a été très précis [au par. 186(4)] quant aux détails que doit contenir une autorisation et [au par. 195(1)] quant aux détails que

fyng the particulars to be contained in the annual report regarding interceptions to be given by the Solicitor-General. Having gone to such detail in those sections, it seems unlikely that Parliament could have intended the Attorney-General to be required in a notification under [s. 196(1)] to give the detailed information requested by the applicant, in the absence of any express provision in [s. 196(1)] requiring that such information be given. If Parliament had intended that such information be contained in a notification, it would have so provided in [s. 196(1)], in my judgment. [Emphasis added.]

This Court granted leave to appeal in *Zaduk* on this important question of law, [1980] 1 S.C.R. xiii, but the appeal was subsequently discontinued on November 25, 1986, [1986] 2 S.C.R. x.

35

This general approach mirrors the interpretation of judicial discretion under § 2518(8) adopted by U.S. courts. Under federal law, where the government seeks to initiate a prosecution “in any trial, hearing, or other proceeding” against the subject of an electronic surveillance under Title III, the government must deliver a copy of the wiretap authorization and application to the subject within 10 days prior to trial (§ 2518(9)). Upon receipt of these materials, the subject may seek suppression of the wiretap evidence on the basis that the “communication was unlawfully intercepted” (§ 2518(10)(a)(i)). In the absence of any such “trial, hearing, or other proceeding”, a judge may only disclose the sealed materials “upon a showing of good cause” (§ 2518(8)(b)). Similar to our legislators, the congressional framers were of the view that such materials should be treated “confidentially”, as “they may be expected to contain sensitive information” (Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess., reprinted in [1968] U.S.C. Cong. & Admin. News 2112, at p. 2194).

36

Pursuant to these legislative directives, federal courts have concluded that Title III vests a judge with a measure of discretion to grant a non-

doit contenir le rapport annuel que doit fournir le solliciteur général relativement aux interceptions. Il semble peu probable que, après avoir été aussi précis dans ces dispositions, le législateur ait voulu que le procureur général soit tenu de fournir dans un avis visé [au par. 196(1)] les renseignements détaillés demandés par le requérant, en l'absence d'une disposition expresse [au par. 196(1)] exigeant que de tels renseignements soient donnés. Si le législateur avait voulu qu'un avis contienne ces renseignements, il l'aurait prévu [au par. 196(1)], d'après moi. [Je souligne.]

Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi dans *Zaduk* relativement à cette importante question de droit, [1980] 1 R.C.S. xiii, mais le pourvoi a été abandonné par la suite le 25 novembre 1986, [1986] 2 R.C.S. x.

Cette analyse générale reflète l'interprétation que les tribunaux américains ont donnée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le par. 2518(8). En vertu du droit fédéral, lorsqu'il cherche à poursuivre [TRADUCTION] «dans le cadre d'un procès, d'une audience ou d'une autre procédure» la personne soumise à une surveillance électronique en vertu du titre III, le gouvernement doit lui remettre une copie de l'autorisation et de la demande d'écoute électronique dans les 10 jours précédant le procès (par. 2518(9)). Sur réception de ces documents, la personne peut demander la suppression de la preuve obtenue par écoute électronique pour le motif que les [TRADUCTION] «communications ont été interceptées illégalement» (sous-al. 2518(10)a(i)). En l'absence de tout «procès, audience ou autre procédure» de ce genre, un juge ne peut divulguer les documents scellés que [TRADUCTION] «sur présentation d'une preuve de l'existence d'un motif valable» (al. 2518(8)b)). À l'instar de nos législateurs, le Congrès était d'avis que de tels documents devaient être traités [TRADUCTION] «confidentiellement», car [TRADUCTION] «on peut s'attendre à ce qu'ils contiennent des renseignements de nature délicate» (Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess., reproduit dans [1968] U.S.C. Cong. & Admin. News 2112, à la p. 2194).

Conformément à ces directives législatives, les tribunaux fédéraux ont conclu que le titre III confère au juge un certain pouvoir discrétionnaire

accused's motion for access to the confidential wiretap application. More specifically, a judge exercising his or her discretion under § 2518(8)(d) must balance the government's interest in secrecy against the target's interest in privacy. Where the target is neither a potential accused nor a subpoenaed witness in a grand jury investigation, the government's interest in secrecy is accorded even greater weight. See *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, *supra*, at pp. 1332-33 (motion for access denied). If the government's interest is sufficiently strong, the judge will simply deny access and adjudicate the lawfulness of the original authorization *in camera*. See *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications*, 495 F.Supp. 282 (E.D. La. 1980), at p. 284 (motion for access denied); *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, *supra*, at p. 28 (motion for access denied); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, *supra*, at pp. 1026-27 (motion for access denied).

As a matter of judicial practice, federal courts have been reluctant to grant a motion by a non-accused under § 2518(8)(d). This practice is especially true where a non-accused moves for discovery in the course of an ongoing grand jury investigation. As one learned author notes, "[a]lmost without exception, such motions have been denied" (C. S. Fishman, *Wiretapping and Eavesdropping* (1978), at § 220). See also J. G. Carr, *The Law of Electronic Surveillance* (1986 (loose-leaf)), vol. 2, at § 7.2(b)(1). Some courts have further held that in the case of a non-accused party who falls outside § 2518(9) there must be a "factual finding of good cause" in order for access under § 2518(8)(d) to be granted. See *Applications of Kansas City Star*, 666 F.2d 1168 (8th Cir. 1981), at p. 1176 (motion by non-accused, non-target newspaper denied). See also *Petition of Leppo*, 497 F.2d

d'accueillir une demande d'accès présentée par une personne qui n'a pas été accusée à la demande confidentielle d'écoute électronique. Plus précisément, le juge qui exerce son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'al. 2518(8)d) doit établir un équilibre entre l'intérêt du gouvernement au secret et le droit de la cible à la protection de sa vie privée. Lorsque la cible n'est ni un accusé éventuel ni un témoin assigné à comparaître dans une enquête menée par un grand jury, on accorde encore plus de poids à l'intérêt du gouvernement au secret. Voir *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, précité, aux pp. 1332 et 1333 (demande d'accès rejetée). Si l'intérêt du gouvernement est suffisamment solide, le juge rejettera simplement la demande d'accès et se prononcera sur la légalité de l'autorisation initiale à huis clos. Voir *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications*, 495 F.Supp. 282 (E.D. La. 1980), à la p. 284, (demande d'accès rejetée); *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, précité, à la p. 28 (demande d'accès rejetée); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, précité, aux pp. 1026 et 1027 (demande d'accès rejetée).

Sur le plan de la pratique, les tribunaux fédéraux ont été réticents à accueillir une demande présentée en vertu de l'al. 2518(8)d) par une personne qui n'avait pas été accusée. Cette pratique est spécialement vraie lorsqu'une personne non accusée tente d'obtenir la communication préalable de documents au cours d'une enquête menée par un grand jury. Comme le fait remarquer un auteur de doctrine, [TRADUCTION] «[I]es demandes de ce genre ont presque toujours été rejetées» (C. S. Fishman, *Wiretapping and Eavesdropping* (1978), § 220). Voir également J. G. Carr, *The Law of Electronic Surveillance* (1986 (feuilles mobiles)) vol. 2, § 7.2(b)(1). Certains tribunaux ont aussi conclu que dans le cas d'une partie non accusée qui n'est pas visée par le par. 2518(9) il faut, [TRADUCTION] «selon les faits, un bon motif valable» pour que l'accès aux documents soit accordé en vertu de

954 (5th Cir. 1974), at p. 956 (motion by non-accused target with no civil suit pending denied). However, it has been suggested that judicial discretion under the provision might be exercised in favour of a non-accused who is pursuing a civil suit for unlawful interception of communications where grand jury proceedings have been terminated. See *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, *supra*, at p. 1335. See also Carr, *supra*, at § 7.3(a)(2)(B), p. 7-38 (judge must balance plaintiff's need for disclosure against state's claim of privilege of confidentiality).

l'al. 2518(8)d). Voir *Applications of Kansas City Star*, 666 F.2d 1168 (8th Cir. 1981), à la p. 1176 (rejet d'une demande présentée par un journal qui n'était ni un accusé ni une cible). Voir également *Petition of Leppo*, 497 F.2d 954 (5th Cir. 1974), à la p. 956 (rejet d'une demande présentée par une cible qui n'était pas accusée et qui n'avait pas de poursuite civile en cours). Toutefois, on a laissé entendre que le pouvoir discrétionnaire prévu par la disposition pourrait être exercé en faveur d'une personne non accusée qui a intenté une poursuite civile pour interception illégale de communications une fois que les procédures devant un grand jury ont pris fin. Voir *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, précité, à la p. 1335. Voir également Carr, *op. cit.*, § 7.3(a)(2)(B), p. 7-38 (le juge doit établir un équilibre entre le besoin du demandeur d'avoir accès aux documents et la confidentialité revendiquée par l'État).

38

Against this canvas, it is possible to paint an accurate picture of the nature and scope of the judicial power under s. 187(1)(a)(ii). The provision vests a designated judge with a broad discretion to open the sealed packet for the purpose of granting an interested party access to its contents subject to appropriate editing. The provision, on its face, does not limit applications for access to interested parties who face criminal prosecution. However, consistent with Parliament's express intent, the contents of the packet remain presumptively confidential. In light of the crucial fact that a competent judge will have already examined and approved a surveillance application prior to its execution under Part VI, Canadian courts have properly concluded that the statutory discretion to open the packet should normally only be exercised upon a preliminary showing which suggests that the initial authorization was obtained in an unlawful manner. It is telling that American courts, with their extensive experience in supervising electronic surveillance of organized crime, have arrived at a similar

À partir de cette toile de fond, il est possible de donner une idée exacte de la nature et de l'étendue du pouvoir judiciaire prévu au sous-al. 187(1)(a)(ii). La disposition confère à un juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet scellé pour accorder à une partie intéressée l'accès à son contenu sous réserve d'une révision appropriée. Le texte même de la disposition ne limite pas les demandes d'accès aux parties intéressées qui font l'objet de poursuites criminelles. Cependant, en accord avec l'intention expresse du législateur, le contenu du paquet reste présumé confidentiel. Compte tenu du fait important qu'un juge compétent aura déjà examiné et approuvé une demande de surveillance avant son exécution conformément à la partie VI, les tribunaux canadiens ont eu raison de conclure que le pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet prévu par la loi ne devrait normalement être exercé qu'après la présentation d'une preuve préliminaire indiquant que l'autorisation initiale aurait été obtenue illégalement. Il est révélateur que les tribunaux américains, qui ont une grande expérience en matière de supervision de la surveillance électronique du crime organisé, sont parvenus à une interprétation similaire de l'étendue du pouvoir discrétionnaire.

interpretation of the scope of judicial discretion vested by the analogous provision of Title III.

As the previous cases indicate, an interested non-accused party who seeks access to the packet must demonstrate more than a mere suspicion of police wrongdoing; he or she will normally be compelled to produce some evidence which suggests that the authorization was procured through fraud or wilful non-disclosure by the police. But such a judicial order may well be justified in cases beyond circumstances of potential fraud or non-disclosure. As this Court has repeatedly stressed, the statutory power to open the sealed packet ultimately remains a matter of judicial discretion which should be exercised upon a careful balancing of the competing interests of the individual and law enforcement. Accordingly, it would be inappropriate to delimit the full range of conceivable situations where such an order might be warranted. But without exhausting the breadth of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii), it would seem to me that a larger pattern of abusive conduct by law enforcement authorities which occurred contemporaneously with the acquisition of a surveillance authorization might be sufficient to raise an inference that the original authorization was obtained unlawfully and that access should be granted. That thought aside however, the task of elaborating the full scope of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) is properly left to future courts.

I reiterate that this Court's majority holding in *Dersch* did nothing to undermine this accepted interpretation of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii). *Dersch* simply held that this interpretation of the *Criminal Code* must be altered in the discrete circumstances where an accused target applies for access to the packet in order to give effect to his right to full answer and defence under the *Charter*. But outside such circumstances, the previous understanding of s. 187(1)(a)(ii) remained unimpugned. Thus, where a non-accused target (or for that matter, an interested third party)

tionnaire conféré au juge par la disposition analogue du titre III.

Comme l'indiquent les arrêts précédents, une partie intéressée non accusée qui cherche à avoir accès au paquet doit démontrer qu'il existe plus qu'un simple soupçon que les policiers ont mal agi; elle sera habituellement tenue de produire certains éléments de preuve semblant indiquer que l'autorisation a été obtenue par fraude ou en raison d'une non-divulgation volontaire par la police. Mais une telle ordonnance judiciaire peut bien être justifiée dans d'autres cas. Ainsi que notre Cour l'a souligné à maintes reprises, le pouvoir d'ouvrir le paquet scellé conféré par la loi reste en fin de compte un pouvoir judiciaire discrétionnaire à exercer à la suite d'une pondération rigoureuse des intérêts divergents des particuliers et des organismes chargés de l'application de la loi. Par conséquent, il ne conviendrait pas de délimiter tous les cas imaginables où une telle ordonnance pourrait être justifiée. Mais sans épuiser toute l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii), il me semblerait que le fait que les autorités chargées de l'application de la loi aient eu de façon plus générale une conduite abusive à l'époque de l'obtention de l'autorisation de surveillance électronique pourrait suffire pour conclure que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement et qu'il y aurait lieu d'accorder l'accès au paquet. Cette idée mise à part cependant, nous laissons à juste titre aux tribunaux qui seront saisis de la question la tâche d'examiner toute la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii).

Je répète que la décision rendue à la majorité par notre Cour dans l'arrêt *Dersch* n'a affaibli en rien cette interprétation admise du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii). Dans cet arrêt, on a simplement conclu qu'il faudrait modifier cette interprétation du *Code criminel* dans les cas distincts où une cible de surveillance électronique qui a été accusée demande d'avoir accès au paquet afin que soit respecté le droit à une défense pleine et entière que lui confère la *Charte*. Mais en dehors de tels cas, l'interprétation antérieure du sous-al. 187(1)(a)(ii) restait incontestée.

applies for an order to open the packet, the cases leading up to *Zaduk* represent the applicable authorities defining the scope of the judicial power to open the sealed packet.

- (2) Should the existing interpretation of the scope of the judicial power under s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* be modified to give effect to a non-accused surveillance target's right under s. 8 of the *Charter*?

41

The question remains whether this interpretation of a federal statute must be now altered to accommodate the individual's constitutional protection against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. My learned colleagues La Forest and Sopinka JJ. hold, at para. 97, that where a non-accused wiretap target applies for access to the packet, judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) must be automatically exercised in favour of access to give effect to the constitutional protection against unreasonable search and seizure. With respect, I cannot agree. A purposive and contextual analysis of s. 8 must take into account Parliament's delicate balance of competing policy considerations in adopting a comprehensive regime of regulation under Part VI. Under such a purposive and contextual approach, where a wiretap target seeks access in the absence of any pending prosecution and in the mere hope of grounding a civil action for damages, I believe that the existing understanding of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) readily satisfies the exigencies of the *Charter*.

42

It is well established that a surreptitious interception of private communications by the state constitutes a "search or seizure" within the meaning of s. 8: *Duarte, supra*, at p. 46; *R. v. Wiggins*,

Par conséquent, lorsqu'une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée (ou quant à cela, un tiers intéressé) demande une ordonnance pour faire ouvrir le paquet, les décisions menant à l'arrêt *Zaduk* constituent la jurisprudence applicable qui définit l'étendue du pouvoir du juge d'ouvrir le paquet scellé.

- (2) Faudrait-il modifier l'interprétation actuelle de l'étendue du pouvoir judiciaire en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code criminel* pour donner effet au droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée?

Il reste la question de savoir s'il faut maintenant modifier cette interprétation d'une loi fédérale pour tenir compte de la protection constitutionnelle d'une personne contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives aux termes de l'art. 8 de la *Charte*. Mes collègues les juges La Forest et Sopinka ont conclu, au par. 97, que, lorsqu'une cible d'écoute électronique qui n'a pas été accusée demande d'avoir accès au paquet, le juge doit automatiquement exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le sous-al. 187(1)(a)(ii) en accordant l'accès, de façon à donner effet à la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. En toute déférence, je ne puis être d'accord. Une analyse de l'art. 8 fondée sur l'objet et le contexte doit tenir compte de la pondération délicate que le législateur a effectuée en ce qui concerne les considérations de principe divergentes en adoptant un régime général de réglementation en application de la partie VI. Selon une telle analyse fondée sur l'objet et le contexte, lorsqu'une cible d'écoute électronique présente une demande d'accès en l'absence de toute poursuite en cours et dans le seul espoir de fonder une action civile en dommages-intérêts, je crois que l'interprétation actuelle du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii) satisfait facilement aux exigences de la *Charte*.

Il est bien établi que l'interception clandestine de communications privées par l'État constitue une «fouille, une perquisition ou une saisie» au sens de l'art. 8: *Duarte*, précité, à la p. 46; *R. c. Wiggins*,

[1990] 1 S.C.R. 62, at p. 67. Consistent with the constitutional standard of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, an interception executed on less than reasonable and probable grounds will violate the requirements of s. 186(1)(a) and thus constitute an “unreasonable search or seizure” under s. 8. The individual subject of such an unlawful interception is entitled to pursue either a delictual action in damages under the *Civil Code of Québec* or the *Crown Liability and Proceedings Act* (against the Crown in right of Canada), or a constitutional action in damages under s. 24(1) of the *Charter*.

Against this backdrop, my colleagues La Forest and Sopinka JJ. conclude that the target of an interception under Part VI must be entitled to open and examine the contents of the packet to avail themselves of their constitutional right under s. 8, even where the target does not face criminal prosecution. My colleagues submit, at paras. 95-96, that if a surveillance target was not entitled to examine the original application and supporting affidavits, he or she would effectively be deprived of the evidentiary means to contest the lawfulness of the wiretap authorization and to invoke his or her right to a civil or constitutional remedy. Thus, in their view, the constitutional protection under s. 8 must necessarily include a complementary right to examine the confidential materials contained within the packet so that a surveillance target is equipped with the means to challenge the legality of the wiretap search. This conclusion, they argue, is consistent with this Court’s holding in *Dersch*. See, similarly, *McGrady, Askew & Fiorillo v. Canada*, [1995] 7 W.W.R. 305 (N.W.T.S.C.).

With respect, the logic of *Dersch* is simply inapplicable to the case at bar. In *Dersch*, this Court held that judicial discretion to open the sealed packet under the predecessor of s. 187(1)(a)(ii) must be automatically exercised in favour of an accused surveillance target. But the reasoning in *Dersch* revolved around an accused’s right to dis-

[1990] 1 R.C.S. 62, à la p. 67. Conformément à la norme constitutionnelle énoncée dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, l’interception effectuée pour des motifs moins que raisonnables et probables violera les exigences de l’al. 186(1)(a) et constituera donc une «fouille, une perquisition et une saisie abusives» au sens de l’art. 8. La personne qui fait l’objet d’une telle interception illégale a le droit d’intenter une action en dommages-intérêts en vertu du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* (contre la Couronne du chef du Canada), ou une action en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

Sur cette toile de fond, mes collègues les juges La Forest et Sopinka concluent que la cible d’une interception en vertu de la partie VI doit avoir le droit de faire ouvrir et d’examiner le contenu du paquet pour faire valoir les droits constitutionnels que lui garantit l’art. 8, même lorsqu’elle ne fait pas face à des poursuites criminelles. Mes collègues soutiennent, aux par. 95 et 96, que, si une cible de surveillance électronique n’avait pas le droit d’examiner la demande initiale et les affidavits à l’appui, elle serait effectivement privée d’éléments de preuve pour contester la légalité de l’autorisation d’écoute électronique et pour invoquer son droit à un recours civil ou constitutionnel. À leur avis, la protection constitutionnelle accordée par l’art. 8 doit donc nécessairement comprendre un droit complémentaire d’examiner les documents confidentiels qui se trouvent dans le paquet afin qu’une cible de surveillance dispose des moyens de contester la légalité de la perquisition par écoute électronique. Cette conclusion, allèguent-ils, est conforme à la décision rendue par notre Cour dans *Dersch*. Voir, de même, *McGrady, Askew & Fiorillo c. Canada*, [1995] 7 W.W.R. 305 (C.S.T.N.-O.).

En toute déférence, la logique de l’arrêt *Dersch* est tout simplement inapplicable à l’espèce. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que le pouvoir discrétionnaire du juge d’ouvrir le paquet scellé en vertu du texte législatif qui a précédé le sous-al. 187(1)(a)(ii) doit être exercé automatiquement en faveur d’une cible de surveillance qui a été accu-

closure as part of his or her right to full answer and defence under s. 7. As Sopinka J. held clearly in *Dersch*, at p. 1514, “denial of access constitutes a denial to make full answer and defence”. He elaborated the constitutional foundation of the Court’s reasoning as follows, at pp. 1516-17:

Section [187(1)(a)(ii)], as I have pointed out above, confers on a judge a wide-open discretion to order the packet to be opened. A series of cases has filled the gap in the legislation by reading in certain criteria for the exercise of that discretion in the case of an application for access by an accused person. Those criteria are very restrictive. A series of cases since the *Charter* has questioned those restrictions in light of the Charter guarantee of full answer and defence. They hold that this right requires disclosure to an accused. The judge still has a discretion but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the Charter right unless the application is granted. [Emphasis added.]

In *Durette*, Sopinka J. similarly characterized the ruling in *Dersch* exclusively in terms of an accused’s right under s. 7. As he wrote, at pp. 491-92:

The judge hearing an application under [s. 187(1)(a)(ii)] has a broad discretion to decide whether or not to provide access to the packet. However, in the case of an accused, that discretion would not be exercised judicially or in conformity with the right under the Canadian Charter of Rights and Freedoms to make full answer and defence unless access was provided: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. [Emphasis added.]

45

The majority in *Dersch* invoked s. 8 in only a single instance in its judgment, and then only in the course of elaborating the content of an accused’s right under s. 7. The majority noted that an accused would also be denied the right to full answer and defence if he or she were deprived of the opportunity to challenge potentially inadmissible evidence under the *Code* and the *Charter*. As Sopinka J. explained, at pp. 1514-15:

sée. Mais le raisonnement suivi dans *Dersch* tournait autour du droit d’un accusé à la divulgation comme élément de son droit de présenter une défense pleine et entière en application de l’art. 7. Comme le juge Sopinka le dit clairement dans *Dersch*, à la p. 1514, «la négation de l’accès constitue une négation du droit de présenter une défense pleine et entière». Il explique le fondement constitutionnel du raisonnement de la Cour de la façon suivante, aux pp. 1516 et 1517:

Comme je l’ai signalé, [le sous-al. 187(1)(a)(ii)] confère à un juge un très large pouvoir discrétionnaire d’ordonner l’ouverture du paquet. Une série de décisions a comblé les lacunes de la loi en ajoutant, par interprétation, certains critères pour l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, lorsque l’accusé demande l’accès au contenu. Ces critères sont très restrictifs. Une série de décisions postérieures à la *Charte* a mis en doute ces restrictions dans le contexte du droit à une défense pleine et entière garanti par la Charte. Elles ont conclu que ce droit exige la divulgation à l’accusé. Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire mais, dans le cas d’un accusé, il ne peut l’exercer judiciairement et conformément à la Charte qu’en accueillant la demande. [Je souligne.]

Dans *Durette*, le juge Sopinka a également souligné que la décision rendue dans *Dersch* portait exclusivement sur le droit que l’art. 7 garanti à un accusé. Comme il le mentionne, aux pp. 491 et 492:

Le juge saisi d’une demande d’accès présentée en vertu [du sous-al. 187(1)(a)(ii)] jouit, pour en disposer, d’un large pouvoir discrétionnaire. Dans le cas d’un accusé, toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n’est exercé judiciairement et en conformité avec le droit de présenter une défense pleine et entière prévu à la Charte canadienne des droits et libertés que si l’accès est accordé: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. [Je souligne.]

Dans *Dersch*, les juges majoritaires ont invoqué l’art. 8 dans un seul cas dans leur jugement, et seulement lors de l’explicitation du contenu du droit garanti à un accusé par l’art. 7. Ils ont fait remarquer qu’un accusé serait également privé du droit de présenter une défense pleine et entière s’il était privé de la possibilité de contester des éléments de preuve potentiellement non admissibles en vertu du *Code* et de la *Charte*. Le juge Sopinka l’a expliqué ainsi, aux pp. 1514 et 1515:

The presumption of innocence requires the prosecution to prove that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. This must be done by admissible evidence. Part IV.1 provides that evidence of intercepted private communication is admissible only if lawfully obtained. To be admissible, the evidence must be obtained pursuant to an authorization that complies with the dictates of the provisions of Part IV.1. Under s. 8 of the *Charter*, the accused has acquired a constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure. Because an unlawful search will be an unreasonable one, s. 8 also confers on the accused the right to challenge the lawfulness of a search or seizure of which the accused is the target. That right would be hollow if it did not permit access to the sealed packet. [Emphasis added.]

The majority continued, at p. 1516, reiterating that the right to full answer and defence mandates that the accused be given “the opportunity to test the admissibility of a piece of evidence according to the ordinary rules that govern the admissibility of the evidence”.

It is thus apparent that a non-accused surveillance target such as the appellant cannot rely on *Dersch* to support a claim of automatic access to the packet under the *Charter*. The appellant faces no imminent criminal prosecution. He has no basis for seeking disclosure to effectuate his constitutional right to full answer and defence, nor does he have any need to challenge the reception of potentially inadmissible evidence. Indeed, the majority in *Dersch* acknowledged that different considerations ought to govern the exercise of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) where a non-accused target or an interested third party applies for access to the packet. As the majority stated, at p. 1517:

The judge still has a discretion [under s. 187(1)(a)(ii) to open the packet] but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the *Charter* right unless the application is granted. This does not affect the discretion in respect of a request by a target or a member of the public who is not an accused person, to which different considerations would apply. [Emphasis added.]

La présomption d'innocence exige que la poursuite prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Cela doit se faire au moyen d'une preuve admissible. La partie IV.1 prévoit qu'une communication privée n'est admissible en preuve que si elle a été interceptée légalement. Pour être admissible, la preuve doit avoir été obtenue en vertu d'une autorisation qui respecte les exigences de la partie IV.1. En vertu de l'art. 8 de la *Charte*, l'accusé a acquis un droit constitutionnel d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Comme une fouille illégale sera généralement une fouille abusive, l'art. 8 confère aussi à l'accusé le droit de contester la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie dirigée contre l'accusé. Ce droit serait vide de sens s'il ne permettait pas l'accès au paquet scellé. [Je souligne.]

Les juges majoritaires ont poursuivi, à la p. 1516, en réitérant que le droit à une défense pleine et entière commande que l'on accorde à l'accusé «la possibilité de vérifier l'admissibilité d'un élément de preuve conformément aux règles ordinaires qui régissent l'admissibilité de la preuve».

Il est donc clair qu'une cible de surveillance non accusée comme dans le cas de l'appelant ne peut pas invoquer l'arrêt *Dersch* à l'appui d'une demande d'accès automatique au paquet en vertu de la *Charte*. L'appelant ne fait pas l'objet de poursuites criminelles imminentes. Il n'a aucun motif de demander la divulgation pour réaliser son droit constitutionnel à une défense pleine et entière et il n'a pas besoin non plus de contester la réception d'éléments de preuve potentiellement non admissibles. En fait, dans l'arrêt *Dersch*, les juges majoritaires ont reconnu que des considérations différentes doivent régir l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii) lorsqu'une cible qui n'a pas été accusée ou un tiers demande à avoir accès au paquet. Comme l'ont dit les juges majoritaires, à la p. 1517:

Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire [d'ouvrir le paquet en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii)] mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande. Cela ne modifie pas son pouvoir discrétionnaire relatif à une demande présentée par une cible ou une personne qui n'est pas l'accusé, auxquelles des considérations différentes s'appliquent. [Je souligne.]

47

Upon reflection, the relevant “considerations” persuade me that a non-accused surveillance target does not similarly enjoy automatic access to the sealed packet under s. 8 of the *Charter*. There is nothing in the history or purpose of s. 8 to suggest that the subject of a search and seizure enjoys an absolute right to examine confidential authorizing materials held by the state upon mere suspicion of wrongdoing by law enforcement authorities. Indeed, outside the wiretapping domain, this Court has repeatedly held that a criminal accused does not enjoy an absolute right to disclosure of confidential investigative information held by the state under the right to full answer and defence. As this Court held in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 339, the Crown’s obligation to disclose all relevant information prior to trial “is not absolute”. Under *Stinchcombe* and its progeny, the Crown is not obliged to disclose information which is clearly irrelevant, beyond the control of the prosecution, or protected by a recognized form of privilege. See *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at pp. 465-67; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at pp. 739-40; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at pp. 428-29. As Sopinka J. elaborated in *Durette*, *supra*, at p. 495, the Crown may justify non-disclosure in circumstances where “the public interest in non-disclosure outweighs the accused’s interest in disclosure”.

48

For instance, the Crown’s obligation of disclosure under *Stinchcombe* remains subject to the “informers privilege” at common law: see *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, at pp. 535-36; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 994-95. Sopinka J. and I indicated in *O’Connor*, *supra*, at p. 434, that in some circumstances the scope of the traditional “informers privilege” may be forced to yield to the consti-

Après réflexion, les «considérations» pertinentes me convainquent qu’une cible de surveillance qui n’a pas été accusée ne jouit pas de la même façon d’un accès automatique au paquet scellé en vertu de l’art. 8 de la *Charte*. Rien dans les antécédents ou l’objectif de l’art. 8 ne semble indiquer que la personne visée par une fouille, une perquisition ou une saisie jouit du droit absolu d’examiner les documents confidentiels d’autorisation en la possession de l’État par suite du simple soupçon que les autorités chargées de l’application de la loi ont mal agi. En effet, mis à part le domaine de l’écoute électronique, notre Cour a conclu à maintes reprises que le criminel qui est accusé ne jouit pas, dans le cadre du droit de présenter une défense pleine et entière, du droit absolu à la divulgation de renseignements confidentiels relatifs à l’enquête que l’État a en sa possession. Comme notre Cour l’a statué dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 339, l’obligation du ministère public de divulguer tous les renseignements pertinents avant le procès «n’est pas absolue». En conformité avec l’arrêt *Stinchcombe* et ceux qui en ont découlé, le ministère public n’est pas tenu de divulguer les renseignements qui sont manifestement non pertinents, hors du contrôle de la poursuite ou protégés par une forme reconnue de privilège. Voir *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, aux pp. 465 à 467; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, aux pp. 739 et 740; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, aux pp. 428 et 429. Comme le juge Sopinka l’a expliqué dans *Durette*, précité, à la p. 495, le ministère public peut justifier la non-divulgation dans des cas où «l’intérêt public à la non-divulgation l’emporte sur celui de l’accusé à la divulgation».

Par exemple, l’obligation de divulgation du ministère public énoncée dans *Stinchcombe* reste soumise au «privilège à l’égard des indicateurs» en common law: voir *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, aux pp. 535 et 536; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 994 et 995. Le juge Sopinka et moi-même avons indiqué dans *O’Connor*, précité, à la p. 434, que, dans certaines circonstances, la portée du tradition-

tutional demands of s. 7 given the compelling “societal interest in preventing a miscarriage of justice”. See, e.g., D. M. Tanovich, “When does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?” (1995), 38 C.R. (4th) 202. But the important point remains that even in the context of a criminal trial, the individual’s right to full answer and defence must be balanced against — and may at some point yield to — the state’s competing interest in preserving the confidentiality of its investigations and the safety of its informers.

Similarly, I believe that in defining a non-accused’s right under s. 8 to obtain confidential wiretap documents held by the state, the individual’s right to contest an invasion of privacy must be weighed against the state’s legitimate interest in protecting the secrecy of its investigations. Where an individual does not face the jeopardy of the criminal process, I believe that greater weight must be attached to state’s interest in confidentiality. As this Court has repeatedly stressed, the meaning and content of the constitutional guarantees of the *Charter* will vary according to the relevant context. See, e.g., *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, per Wilson J.; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 224-25, per Cory J.; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647, per L’Heureux-Dubé J.; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at pp. 1000-1001, per Sopinka J. Pursuant to this contextual approach, we have noted that the content of the legal rights of the *Charter* will often be interpreted more flexibly where the relevant state action does not threaten the individual with the risk of imprisonment. See *Wholesale Travel Group*, *supra*, at p. 189, per Lamer C.J. (application of s. 7 to regulatory offence with penalty of imprisonment); *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44, at pp. 68-69, per Cory J. (application of s. 7 to regulatory offence with no penalty of imprisonment). Similarly, in defining the content of s. 8 of the *Charter*, we have held that the standard of “reasonableness” in assessing the constitu-

nel «privège à l’égard des indicateurs» peut devoir céder devant les exigences constitutionnelles de l’art. 7 étant donné «l’intérêt de la société à ce que soit évitée toute erreur judiciaire». Voir, par exemple, D. M. Tanovich, «When does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?» (1995), 38 C.R. (4th) 202. Mais l’important demeure que, même dans le contexte d’un procès criminel, le droit de l’individu de présenter une défense pleine et entière doit être mesuré en regard de l’intérêt divergent de l’État à ce que soient préservées la confidentialité de ses enquêtes et la sécurité de ses indicateurs, et peut même à un certain moment devoir lui céder.

De la même façon, je crois que, pour définir le droit d’un non-accusé d’obtenir, en vertu de l’art. 8, des documents confidentiels relatifs à l’écoute électronique que l’État a en sa possession, il faut contrebalancer le droit de l’individu de contester une atteinte à sa vie privée et l’intérêt légitime de l’État à ce que soit protégé le caractère confidentiel de ses enquêtes. Je crois que, lorsqu’un individu ne risque pas d’être soumis au processus criminel, il faut accorder une plus grande importance à l’intérêt de l’État à la confidentialité. Comme notre Cour l’a souligné à maintes reprises, le sens et la teneur des garanties constitutionnelles offertes par la *Charte* varieront selon le contexte pertinent. Voir, par exemple, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1355 et 1356, le juge Wilson; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pp. 224 et 225, le juge Cory; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647, le juge L’Heureux-Dubé; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, aux pp. 1000 et 1001, le juge Sopinka. Suivant cette méthode contextuelle, nous avons noté que la teneur des garanties juridiques offertes par la *Charte* sera souvent interprétée de façon plus souple lorsque l’action pertinente de l’État ne menace pas d’entraîner une peine d’emprisonnement. Voir *Wholesale Travel Group*, précité, à la p. 189, le juge en chef Lamer (application de l’art. 7 à une infraction à la réglementation assortie d’une peine d’emprisonnement); *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, aux pp. 68 et 69, le juge Cory (application de l’art. 7 à une

tionality of a search and seizure must be defined less onerously in the regulatory context as opposed to the criminal process. See, e.g., *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 505-8, per La Forest J.; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 643-45, per Wilson J. But as I reiterated in my concurring reasons in *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at pp. 347-49, the content of s. 8 should not be defined according to a rigid, formal classification of regulatory and criminal offences.

infraction à la réglementation n'entraînant pas de peine d'emprisonnement). De même, pour déterminer la teneur de l'art. 8 de la *Charte*, nous avons conclu que la norme du «caractère raisonnable» servant à évaluer la constitutionnalité d'une fouille, perquisition ou saisie doit être définie de façon moins rigoureuse dans le contexte réglementaire que dans celui du processus pénal. Voir, par exemple, *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 505 à 508, le juge La Forest; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, aux pp. 643 à 645, le juge Wilson. Mais comme je l'ai réitéré dans mes motifs concordants de l'arrêt *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, aux pp. 347 et 349, la teneur de l'art. 8 ne devrait pas être déterminée selon une classification rigide et formelle des infractions à la réglementation et des infractions criminelles.

50

Applying these established principles of *Charter* analysis, I find that the existing interpretation of s. 187(1)(a)(ii), as applied to a request for access to the packet by a non-accused surveillance target, does not offend s. 8 of the *Charter*. An individual who has received notification that he or she has been subjected to a wiretap does indeed have an important privacy interest in securing the necessary documents to contest the lawfulness of such a search. But where that individual is not threatened by criminal prosecution and imprisonment, this important interest must be balanced against the state's pressing interest in preserving the secrecy of the packet. The high standard of disclosure of *Stinchcombe* was justified, at p. 336, on the basis that full disclosure is "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted". As McLachlin J. reiterated in *Seaboyer, supra*, at p. 611, courts have been "extremely cautious" in restricting an accused's power to call evidence given "the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted". But where the individual faces no risk of the stigma of conviction, the

En appliquant ces principes établis d'analyse de la *Charte*, je conclus que l'interprétation actuelle du sous-al. 187(1)a)(ii), appliquée à une demande d'accès au paquet présentée par une cible de surveillance non accusée, ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. Une personne qui a été avisée qu'elle avait été soumise à l'écoute électronique a en effet un intérêt important en matière de protection de sa vie privée à obtenir les documents nécessaires pour contester la légalité d'une telle perquisition. Mais lorsque cette personne ne risque ni des poursuites criminelles ni une peine d'emprisonnement, cet intérêt important doit être mesuré en regard de l'intérêt urgent de l'État à ce que soit préservé le caractère confidentiel du paquet. La norme élevée de divulgation établie dans l'arrêt *Stinchcombe* était justifiée pour le motif que la divulgation complète constitue (à la p. 336) «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables». Comme le juge McLachlin l'a répété dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 611, les tribunaux ont «beaucoup hésité» à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense étant donné le «principe fondamental de notre système

justification for such a strict standard is accordingly diminished.

By contrast, the state's interest in protecting the confidentiality of its investigative methods and police informers remains compelling. The reality of modern law enforcement is that police authorities must frequently act under the cloak of secrecy to effectively counteract the activities of sophisticated criminal enterprises. In that endeavour, electronic surveillance represents one of the most vital and important arrows in the state's quiver of investigative techniques, particularly in the prosecution of drug offences. As Sopinka J. noted in *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 241, drug trafficking represents a "pernicious scourge in our society", and in recent years over 90 percent of surveillance authorizations granted under Part VI involved the interception of communications relating to the trafficking of narcotics. See Solicitor General of Canada, *Annual Report on the Use of Electronic Surveillance* (1993), at p. 22 (average of 91.3 percent over five years).

The effectiveness of such surveillance would be dramatically undermined if the state was routinely required to disclose the application and affidavits filed in support of a surveillance authorization to every non-accused surveillance target. The wiretap application will often provide a crucial insight into the *modus operandi* of electronic surveillance, and regular disclosure would permit criminal organizations to adjust their activities accordingly. Perhaps most importantly, the application and affidavits are often premised exclusively on information delivered to the authorities by police informers. The crucial need for protecting the identity of informers was recently stressed in *Scott*, *supra*, at p. 994, *per* Cory J.:

The value of informers to police investigations has long been recognized. As long as crimes have been

judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable». Mais lorsque la personne ne risque pas les stigmates d'une déclaration de culpabilité, le recours à une norme aussi stricte est encore moins justifié.

Par contre, l'intérêt de l'État à ce que soit protégé le caractère confidentiel de ses méthodes d'enquête et l'identité des indicateurs de police reste impérieux. La réalité moderne de l'application de la loi est que les autorités policières doivent fréquemment agir secrètement pour neutraliser efficacement les activités d'entreprises criminelles hautement perfectionnées. Dans ce contexte, la surveillance électronique constitue l'une des méthodes d'enquête les plus importantes dont dispose l'État, tout particulièrement dans la poursuite des infractions relatives à la drogue. Comme le juge Sopinka le faisait remarquer dans l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à la p. 241, le commerce illégal de la drogue constitue un «fléau endémique dans notre société», et, dans les dernières années, plus de 90 pour 100 des autorisations de surveillance électronique accordées en vertu de la partie VI concernaient l'interception de communications relatives au trafic de stupéfiants. Voir Solliciteur général du Canada, *Rapport annuel sur la surveillance électronique* (1993), à la p. 24 (moyenne de 91,3 pour 100 sur cinq ans).

L'efficacité d'une telle surveillance serait gravement minée si l'État devait automatiquement divulguer à chaque cible qui n'a pas été accusée la demande d'autorisation de surveillance électronique et les affidavits déposés à l'appui. La demande d'écoute éclairera souvent beaucoup sur le *modus operandi* de la surveillance électronique, et la divulgation régulière permettrait aux organisations criminelles d'ajuster leurs activités en conséquence. Le plus important peut-être, c'est que la demande et les affidavits sont souvent fondés exclusivement sur des renseignements fournis aux autorités par des indicateurs de police. Le juge Cory a souligné récemment, dans *Scott*, précité, à la p. 994, ce besoin crucial de protéger l'identité des indicateurs:

La valeur des indicateurs pour les enquêtes policières est depuis longtemps reconnue. Depuis que le crime

51

52

committed, certainly as long as they have been prosecuted, informers have played an important role in their investigation. . . .

The role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. Informers often provide the only means for the police to gain some knowledge of the workings of drug trafficking operations and networks. It has been estimated that in the United States some ninety-five per cent of all federal narcotics cases involve the work of informers. . . .

Trafficking in narcotics is a lucrative enterprise. The retribution wreaked on informers and undercover officers who attempt to gather evidence is often obscenely cruel. Little assistance can be expected from informers if their identity is not protected. There can be no relationship of trust established by the police with informers without that protection. If the investigation of drug-related crime is to continue then, to the extent it is possible, the identity of informers must be protected. [Emphasis added.]

53

The procedural alternative of automatic disclosure with appropriate editing, well elaborated by this Court in *Garofoli, supra*, will not always be sufficient to protect the interests of law enforcement. I reiterate that in its recent amendments to Part VI, Parliament specifically chose to adopt a discretionary scheme of disclosure for non-accused persons under s. 187(1.3) as opposed to a scheme of automatic disclosure coupled with editing under ss. 187(1.4) and 187(5). In so doing, Parliament clearly accepted that there was an important qualitative difference between a regime of no disclosure and a regime of disclosure coupled with editing. An edited wiretap application, with the name of a police informer properly blacklined, may still leave significant clues as to the identity of the informer. Sophisticated criminal enterprises may be able to identify the informer on the basis of the mere content of a leak. The release of a diligently edited wiretap application may thus unintentionally reveal the identity of a police informer, with potentially fatal consequences. In light of such risks, Parliament, relying on its legislative experience and its vast institutional resources, made a

existe, ou du moins depuis qu'il y a des poursuites criminelles, les indicateurs jouent un rôle important dans les enquêtes policières . . .

Le rôle des indicateurs dans les affaires de drogues est particulièrement important et dangereux. Ils fournissent souvent à la police le seul moyen d'obtenir des renseignements sur les opérations et le fonctionnement des réseaux de trafiquants. On a estimé qu'aux États-Unis on a eu recours à des indicateurs dans environ quatre-vingt-quinze pour cent de toutes les affaires fédérales concernant des stupéfiants . . .

Le trafic des stupéfiants est payant. Le châtement infligé aux indicateurs et aux agents d'infiltrations qui tentent de réunir des preuves est souvent d'une cruauté répugnante. On ne peut guère s'attendre à ce que les indicateurs prêtent leur assistance si leur identité n'est pas protégée. La police ne pourrait pas établir de rapports de confiance avec les indicateurs s'ils étaient privés de cette protection. Pour que les enquêtes sur la criminalité liée aux drogues continuent, il faut protéger l'identité des indicateurs, dans la mesure du possible. [Je souligne.]

La solution de rechange, sur le plan de la procédure, à la divulgation automatique accompagnée d'une révision appropriée, que notre Cour a bien expliquée dans l'arrêt *Garofoli*, précité, ne suffira pas toujours à protéger les intérêts de l'application de la loi. Je répète que, dans les modifications apportées récemment à la partie VI, le législateur a précisément choisi d'adopter, au par. 187(1.3), un régime discrétionnaire de divulgation pour les personnes non accusées, par opposition au régime de divulgation automatique accompagnée d'une révision prévu aux par. 187(1.4) et 187(5). Ce faisant, le législateur a reconnu clairement qu'il y avait une différence qualitative importante entre un régime de non-divulgation et un régime de divulgation accompagnée d'une révision. Une demande d'écoute électronique révisée, dans laquelle le nom d'un indicateur de police est bien masqué, peut encore receler des indices importants quant à l'identité de l'indicateur. Les entreprises criminelles hautement perfectionnées peuvent être en mesure d'identifier l'indicateur en se fondant sur la simple teneur d'une fuite. La remise d'une demande d'écoute électronique révisée avec soin peut révéler involontairement l'identité d'un indicateur de police, entraînant ainsi des conséquences

reasoned judgment that it was preferable to enact a general rule of discretionary non-disclosure.

I note that in non-constitutional domains, this Court has exhibited a similar reluctance to accord the individual an automatic right to discovery of sensitive and confidential documents held by the state in support of a civil proceeding for damages. In *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, this Court addressed the right of a civil litigant to discovery of confidential Cabinet documents. My colleague La Forest J. ruled on behalf of a unanimous bench that a civil litigant's right to discovery must on occasion yield to the state's interest in confidentiality and secrecy. As he stated, at pp. 647-48:

It is obviously necessary for the proper administration of justice that litigants have access to all evidence that may be of assistance to the fair disposition of the issues arising in litigation. It is equally clear, however, that certain information regarding governmental activities should not be disclosed in the public interest. The general balance between these two competing interests has shifted markedly over the years. . . .

This difference in emphasis [across the years] resulted in part from the manner in which the interests collided in particular cases. The need for secrecy in government operations may vary with the particular public interest sought to be protected. There is, for example, an obvious difference between information relating to national defence and information relating to a purely commercial transaction. On the other side of the equation, the need for disclosure may be more or less compelling having regard to the nature of the litigation (e.g. between a criminal and civil proceeding) and the extent to which facts may be proved without resort to information sought to be protected from disclosure. [Emphasis added.]

Pursuant to these competing considerations, La Forest J. rejected a rule of automatic disclosure or absolute privilege in favour of a contextual

qui peuvent être fatales. Compte tenu de ces risques, le législateur, s'appuyant sur son expérience législative et ses vastes ressources institutionnelles, a jugé qu'il était préférable d'adopter une règle générale de non-divulgence discrétionnaire.

Je remarque que, dans des domaines non constitutionnels, notre Cour a fait preuve d'une réticence similaire à accorder à l'individu un droit automatique à la communication de documents confidentiels et de nature délicate en la possession de l'État à l'appui d'une poursuite civile en dommages-intérêts. Dans *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, notre Cour a examiné le droit d'un justiciable en matière civile à ce que lui soient communiqués des documents confidentiels du Cabinet. Mon collègue le juge La Forest a statué au nom d'une formation unanime de la Cour que le droit d'un justiciable en matière civile à la communication de documents doit à l'occasion céder devant le droit de l'État à la confidentialité et au secret. Comme il le déclare, aux pp. 647 et 648:

Il est manifestement nécessaire à la bonne administration de la justice que les justiciables puissent obtenir tous les éléments de preuve susceptibles de favoriser le règlement équitable des questions soulevées dans un litige. Toutefois, il est clair aussi que certains renseignements relatifs aux activités gouvernementales devraient dans l'intérêt public ne pas être divulgués. L'importance relative de chacun de ces deux intérêts opposés a changé sensiblement au fil des ans . . .

Cette différence [au fil des ans] tient en partie à la façon dont les intérêts se heurtaient dans des cas donnés. La nécessité du secret dans les activités gouvernementales peut varier selon l'intérêt public précis que l'on veut protéger. Il existe, par exemple, une différence évidente entre des renseignements qui se rapportent à la défense nationale et des renseignements concernant une opération purement commerciale. D'un autre côté, la nécessité de divulgation peut être plus ou moins impérieuse suivant la nature (par ex., criminelle ou civile) du litige et la mesure dans laquelle les faits sont susceptibles d'être prouvés sans avoir recours aux renseignements que l'on cherche à protéger contre la divulgation. [Je souligne.]

Conformément à ces considérations divergentes, le juge La Forest a rejeté une règle de divulgation automatique ou de privilège absolu en faveur

approach which balanced the interests of the individual and the state in light of the particular circumstances of the case, i.e., the nature of the documents, the nature of the civil proceedings, etc. As he described the governing principle, at p. 670: “Cabinet documents like other evidence must be disclosed unless such disclosure would interfere with the public interest” (emphasis added).

55 The existing judicial interpretation of s. 187(1)(a)(ii), in my view, strikes an appropriate balance between the individual’s interest in contesting the validity of an authorized interception of communications and the public’s interest in the confidentiality of law enforcement techniques and police informers. Under Part VI, where an individual receives notice of an interception under s. 196(1), a judge will have already examined the original wiretap application and supporting affidavits and have concluded that they demonstrate reasonable and probable grounds for a search. In light of the existence of prior authorization in addition to the other procedural and substantive protections contained within Part VI, I believe that Canadian courts have adequately balanced the relevant interests in concluding that the statutory discretion to open the packet should normally only be exercised in favour of a non-accused target upon some evidence that the initial authorization was obtained in an unlawful manner. Accordingly, under a purposive and contextual interpretation of the *Charter*, I believe that the prevailing interpretation of the judicial power to open a sealed packet under s. 187(1)(a)(ii), as applied to a request for access by a non-accused target of electronic surveillance, satisfies the constitutional protection against unreasonable searches and seizures.

56 This appeal is only concerned with the right of a surveillance target who seeks access to the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii) following the termination of the surveillance and in the absence of any pending criminal proceeding. As my colleagues

d’une méthode contextuelle qui établissait un équilibre entre les intérêts de l’individu et de l’État compte tenu des circonstances particulières de l’affaire, par ex. la nature des documents, la nature des poursuites civiles, etc. Il décrit ainsi le principe existant, à la p. 670: «les documents du Cabinet doivent être divulgués au même titre que d’autres éléments de preuve, à moins que cela ne porte atteinte à l’intérêt public» (je souligne).

À mon avis, l’interprétation actuelle du sous-al. 187(1)(a)(ii) par les tribunaux établit un bon équilibre entre le droit de l’individu de contester la validité d’une interception autorisée de communications et le droit du public à la confidentialité des méthodes d’application de la loi et de l’identité des indicateurs de police. En vertu de la partie VI, lorsqu’une personne est avisée conformément au par. 196(1) qu’il y a eu interception, un juge aura déjà examiné la demande initiale d’écoute électronique et les affidavits à l’appui et aura conclu qu’ils démontraient l’existence de motifs raisonnables et probables pour justifier une perquisition. Compte tenu de l’existence d’une autorisation préalable en plus des autres protections contenues dans la partie VI sur le plan de la procédure et du fond, je crois que les tribunaux canadiens ont bien pondéré les intérêts pertinents en concluant que le pouvoir discrétionnaire prévu par la loi d’ouvrir le paquet ne devrait normalement être exercé en faveur d’une cible qui n’a pas été accusée que s’il existe certains éléments de preuve que l’autorisation initiale a été obtenue illégalement. Par conséquent, j’estime que, dans le cadre d’une interprétation de la *Charte* fondée sur l’objet et le contexte, l’interprétation couramment donnée du pouvoir du juge d’ouvrir un paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), ainsi qu’elle est appliquée à une demande d’accès présentée par une cible de surveillance électronique qui n’a pas été accusée, satisfait à la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

Le présent pourvoi ne porte que sur les droits d’une cible de surveillance qui cherche à obtenir l’accès au paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) après la période de surveillance et en l’absence de toute poursuite criminelle. Comme

point out, at para. 118, this appeal does not address the right of a non-targeted interested third party who seeks to examine the contents of the packet. But I cannot ignore some of the broader implications of their reasoning today. In filing an application for an authorization under s. 185(1)(e) of Part VI, law enforcement authorities are obliged to identify the specific targets whose private communications they believe will assist in the investigation of an offence. But once an authorization is granted and a wiretap is executed, the authorities will frequently intercept private communications of non-targeted third parties. As Sopinka J. noted in *R. v. Thompson, supra*, at pp. 1143-44:

In any authorization there is the possibility of invasion of privacy of innocent third parties. For instance a wiretap placed on the home telephone of a target will record communications by other members of the household. This is an unfortunate cost of electronic surveillance. But it is one which Parliament has obviously judged is justified in appropriate circumstances in the investigation of serious crime.

The risk of interception of the private conversations of third parties is greater where the authorization for surveillance is executed on a place such as a public phone or a hotel room. See *Thompson, supra*, at p. 1145.

The reasoning of my colleagues would suggest that a non-targeted third party would also be automatically entitled to examine the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii). As my colleagues stress, at para. 95, "s. 8 applies to everyone". The interception of an individual's private communications by law enforcement authorities pursuant to an unlawful authorization will result in an infringement of s. 8 of the *Charter*, whether or not the individual was targeted in advance. Thus, the reasoning goes, all such individuals must be entitled to examine the contents of the packet in order to properly contest the original authorization and to avail themselves of their right to a constitutional remedy under s. 24(1). Although this issue remains undecided today, I fear that the logic of *La Forest* and

mes collègues le signalent, au par. 118, le présent pourvoi ne soulève pas la question des droits d'un tiers intéressé non ciblé qui cherche à examiner le contenu du paquet. Mais je ne peux pas faire abstraction de certaines des conséquences plus générales de leur raisonnement aujourd'hui. En déposant une demande d'autorisation en vertu de l'al. 185(1)e) de la partie VI, les autorités chargées de l'application de la loi sont tenues d'identifier les cibles précises dont elles croient que les communications privées aideront à l'enquête relative à une infraction. Mais une fois que l'autorisation a été accordée et que l'écoute électronique a eu lieu, les autorités intercepteront fréquemment les communications privées de tiers non ciblés. Comme le juge Sopinka le fait remarquer dans *R. c. Thompson, précité*, aux pp. 1143 et 1144:

Dans toute autorisation, il peut y avoir atteinte à la vie privée de tiers innocents. Par exemple, le dispositif d'écoute installé sur le téléphone de la résidence d'une cible enregistrera les communications des autres occupants de la maison. C'est l'un des inconvénients malheureux de la surveillance électronique. Mais il s'agit d'un inconvénient que le Parlement a évidemment estimé justifié dans des circonstances appropriées au cours d'une enquête portant sur un crime grave.

Le risque d'interception des conversations privées de tiers est plus grand lorsque l'autorisation de surveillance concerne un lieu tel qu'un téléphone public ou une chambre d'hôtel. Voir *Thompson, précité*, à la p. 1145.

Le raisonnement de mes collègues porterait à croire qu'un tiers non ciblé aurait aussi automatiquement le droit d'examiner le paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii). Comme mes collègues le soulignent, au par. 95, «l'art. 8 s'applique à tous et toutes». L'interception des communications privées d'une personne par les autorités chargées de l'application de la loi en vertu d'une autorisation illégale entraînera une violation de l'art. 8 de la *Charte*, que la personne ait été ou non ciblée à l'avance. Donc, d'après ce raisonnement, toutes ces personnes devraient avoir le droit d'examiner le contenu du paquet afin de pouvoir contester à bon droit l'autorisation initiale et invoquer leur droit à une réparation constitutionnelle en vertu du par. 24(1). Bien que cette question ne soit pas tran-

Sopinka JJ. practically compels such a result. But such a result would effectively eviscerate Parliament's express legislative intent to preserve the contents of the packet as confidential. If an accused target, a non-accused target, and an intercepted third party are all entitled to automatic access to the packet, the only remaining individual who would not be *prima facie* entitled to examine the packet would be a civic-minded member of the public. Such an interpretation would further erode any remaining "discretion" in the designated judge to deny access to the packet in the interests of law enforcement: see *Dersch, supra*, at p. 1510 (s. 187(1)(a)(ii) vests an "unlimited discretion"); *Durette, supra*, at p. 491 (s. 187(1)(a)(ii) vests a "broad discretion"). With respect, I do not believe that the *Charter* compels such a dramatic repeal of the judicial discretion vested under the regime of Part VI of the *Criminal Code*.

- (3) Did the judge err in this instance in declining to exercise his judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* in favour of granting the appellant access to the sealed packet?

58

The judge in this instance denied the appellant's motion for a judicial order opening the sealed packet, on the ground that a non-accused target is not entitled to apply for such an order under s. 187(1)(a)(ii) pursuant to the principles of *Dersch* and *Garofoli*. In any case, the judge was of the view that the appellant's motion was both premature and misplaced, as the appellant should have waited to file his motion with the judge who would preside over his civil action in damages.

59

With all due respect, I find that the judge erred in automatically rejecting the appellant's motion to open the sealed packet. A non-accused target may indeed apply for an order under s. 187(1)(a)(ii), and a target may indeed bring such a motion before the filing of his or her civil suit. However, as elaborated previously, a non-accused target is

chée aujourd'hui, je crains que la logique des juges La Forest et Sopinka impose en pratique un tel résultat. Mais un tel résultat annihilerait effectivement l'intention expresse du législateur de garder confidentiel le contenu du paquet. Si une cible accusée, une cible non accusée et un tiers dont les communications ont été interceptées ont tous le droit d'avoir accès automatiquement au paquet, la seule autre personne qui n'aurait pas le droit à première vue d'examiner le paquet serait le bon citoyen. Une telle interprétation minerait davantage tout «pouvoir discrétionnaire» résiduel du juge désigné de refuser l'accès au paquet dans l'intérêt de l'application de la loi: voir *Dersch*, précité, à la p. 1510 (le sous-al. 187(1)a(ii) confère un «pouvoir discrétionnaire illimité»); l'arrêt *Durette*, précité, à la p. 491 (le sous-al. 187(1)a(ii) confère un «large pouvoir discrétionnaire»). En toute déférence, je ne crois pas que la *Charte* impose une abolition aussi draconienne du pouvoir discrétionnaire conféré au juge en vertu de la partie VI du *Code criminel*.

- (3) Le juge a-t-il commis une erreur en l'espèce en refusant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le sous-al. 187(1)a(ii) du *Code criminel* d'accorder à l'appellant l'accès au paquet scellé?

En l'espèce, le juge a rejeté la requête de l'appellant en vue d'obtenir une ordonnance judiciaire pour l'ouverture du paquet scellé pour le motif qu'une cible qui n'a pas été accusée n'a pas le droit de demander une telle ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)a(ii) selon les principes énoncés dans les arrêts *Dersch* et *Garofoli*. De toute façon, le juge était d'avis que la requête de l'appellant était à la fois prématurée et hors de propos, car il aurait dû attendre et déposer sa requête devant le juge qui serait saisi de son action civile en dommages-intérêts.

En toute déférence, je conclus que le juge a commis une erreur en rejetant automatiquement la requête présentée par l'appellant pour faire ouvrir le paquet scellé. Une cible non accusée peut en effet demander une ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)a(ii), et une cible peut fort bien en effet présenter une telle requête avant de déposer sa

not entitled to automatic access to the packet. Parliament vested a designated judge with the discretion under s. 187(1)(a)(ii) of the *Code* to open a sealed packet and to selectively distribute copies of its contents, subject to editing. But consistent with Parliament's express and compelling interest in preserving the confidentiality of the packet, where a target applies for access to the packet outside of an ongoing criminal prosecution, the discretion vested under s. 187(1)(a)(ii) should generally only be exercised in limited circumstances where the target makes a preliminary showing which tends to indicate that the initial authorization was obtained in an unlawful manner.

The judge failed to accord the appellant an adequate opportunity to make such a preliminary showing. As such, I would allow the appeal on this ground alone and remit the matter to the Quebec Superior Court for reconsideration of the appellant's motion in accordance with the foregoing discussion of the scope of the judicial power under s. 187(1)(a)(ii) of the *Code*.

C. Access to the Tapes

In his motion for access to the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii), the appellant has also sought simultaneous disclosure of copies of the actual tape recordings of his intercepted communications, as well as any typed transcripts of the communications which the Crown may have produced. The appellant submits that he needs these materials to pursue a potential civil action for damages for invasion of privacy, as these recording materials will assist him in determining whether the surveillance was authorized and executed in a manner which complied with Part VI of the *Code*.

- (1) Under s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, in addition to seeking an order to open the sealed packet, may a non-accused surveillance target apply for judicial order compelling the Crown to disclose the recording materials resulting from the surveillance,

poursuite civile. Cependant, comme il a été expliqué précédemment, une cible non accusée n'a pas le droit d'avoir accès automatiquement au paquet. Le législateur a conféré à un juge désigné le pouvoir discrétionnaire prévu au sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code* d'ouvrir un paquet scellé et de diffuser de façon sélective des copies de son contenu, sous réserve d'une révision. Mais, en accord avec l'intérêt exprès et impérieux du législateur de préserver la confidentialité du paquet, lorsqu'une cible demande d'avoir accès au paquet en dehors d'une poursuite criminelle en cours, le pouvoir discrétionnaire conféré en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) ne devrait en général être exercé que dans des cas restreints où la cible présente une preuve préliminaire qui tend à indiquer que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement.

Le juge n'a pas accordé à l'appelant la possibilité de présenter une telle preuve préliminaire. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif seulement et de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure du Québec pour un nouvel examen de la requête de l'appelant conformément à l'analyse qui précède de l'étendue du pouvoir conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code*.

C. L'accès aux bandes magnétiques

Dans sa demande d'accès au paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), l'appelant a également cherché à obtenir en même temps la divulgation de copies des bandes magnétiques de ses communications interceptées, ainsi que toutes les transcriptions dactylographiées des communications que le ministère public peut avoir produites. L'appelant soutient avoir besoin de ces documents pour entamer une éventuelle action civile en dommages-intérêts pour atteinte à sa vie privée, car ces enregistrements l'aideront à déterminer si la surveillance a été autorisée et effectuée d'une façon qui respecte la partie VI du *Code*.

- (1) En vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code criminel*, en plus de chercher à obtenir une ordonnance pour l'ouverture du paquet scellé, une cible de surveillance non accusée peut-elle demander une ordonnance judiciaire enjoignant au ministère public de

60

61

and if so, under what conditions should such an order be granted?

divulguer les enregistrements résultant de la surveillance, et dans l'affirmative, dans quelles conditions une telle ordonnance devrait-elle être accordée?

62

The appellant's request does not have any grounding in the *Criminal Code*. On its face, the judicial power under s. 187(1)(a)(ii) to grant disclosure to the packet does not encompass disclosure of the recording materials; the provision speaks only of access to "documents", and the actual tapes remain in the custody of the Crown rather than within the "sealed packet". The *Code* does contemplate a procedural means for compelling disclosure of the recording materials within the context of a criminal trial. Where the Crown seeks to introduce the contents of an intercepted communication (of any person) into evidence against an accused in a criminal proceeding, s. 189(5) of the *Code* stipulates that the Crown must give reasonable notice to the accused followed by delivery of a transcript of the communication and a statement describing the time, place and date of the communication. Upon receipt of such a notice, an accused may seek a judicial order under s. 190 for additional disclosure of the "particulars" of the intercepted communication, which could conceivably include disclosure of the full set of recording materials: J. W. Jardine, "Defence Attacks", in Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Search & Seizure and Wiretap* (1991), c. 6.2, at pp. 6.2.06 and 6.2.07. See s. 193(2)(c) (orders under ss. 189(5), 190 exempt from the general statutory ban on disclosure of private communications). But outside a criminal proceeding, the *Code* does not provide a former surveillance target with any avenue for disclosure of the recording materials.

63

However, notwithstanding the silence of the *Code*, my colleagues La Forest and Sopinka JJ. hold that a non-accused target who demonstrates that a wiretap has violated his or her rights under s. 8 may obtain an order for disclosure of the

La demande de l'appellant n'a aucun fondement dans le *Code criminel*. Au vu du texte, le pouvoir conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii) d'accorder la divulgation du contenu du paquet n'englobe pas la divulgation des enregistrements; la disposition traite seulement de l'accès aux «documents», et les bandes magnétiques elles-mêmes sont gardées par le ministère public et ne se trouvent pas dans le «paquet scellé». Le *Code* envisage effectivement un mécanisme de procédure pour imposer la divulgation des enregistrements dans le contexte d'un procès criminel. Lorsque le ministère public cherche à produire le contenu d'une communication interceptée (de quiconque) en preuve contre un accusé dans une procédure criminelle, le par. 189(5) du *Code* prévoit que le ministère public doit donner un préavis raisonnable à l'accusé en plus de lui remettre une transcription de la communication et une déclaration mentionnant l'heure, la date et le lieu de la communication. Sur réception d'un tel préavis, l'accusé peut demander une ordonnance judiciaire en vertu de l'art. 190 pour divulgation de «détails» supplémentaires concernant la communication interceptée, ce qui pourrait comprendre en théorie la divulgation de tous les enregistrements: J. W. Jardine, «Defence Attacks», dans Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Search & Seizure and Wiretap* (1991), ch. 6.2, aux pp. 6.2.06 et 6.2.07. Voir l'alinéa 193(2)c) (les ordonnances visées au par. 189(5) et à l'art. 190 sont exemptées de l'interdiction générale prévue par la loi relativement à la divulgation de communications privées). Mais, en dehors d'une procédure criminelle, le *Code* ne prévoit pour la personne qui a été la cible d'une surveillance aucun moyen d'obtenir la divulgation des enregistrements.

Toutefois, malgré le silence du *Code*, mes collègues les juges La Forest et Sopinka concluent qu'une cible qui n'a pas été accusée et qui démontre que l'écoute électronique a violé les droits que lui garantit l'art. 8 peut obtenir une

recording materials as a just and appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter*. My colleagues thus propose that following automatic disclosure of the materials within the packet, the non-accused target may petition the court for an order compelling the Crown to disclose and deliver copies of the original recording tapes and any available transcripts. If the target is seeking to challenge the legality of the execution of the search, the Crown is obliged to furnish the court and the target with affidavits describing the manner in which the wiretap search was conducted, in addition to all available documentary logs of the executed search. To obtain an order for disclosure of the recording materials, the target must satisfy the court on the basis of the foregoing materials and in the balance of probabilities that his or her private communications were unlawfully intercepted. As my colleagues note, this procedure will, in many respects, reflect the procedure outlined in *Garofoli, supra*, for challenging the legality of a wiretap search in the course of a trial. If the non-accused target is successful in demonstrating that the wiretap search was illegal in its authorization or in its execution, he or she will be entitled to an order for disclosure of the recording materials, subject to such appropriate conditions as the court may impose. In most cases, once the search has been deemed illegal, the Crown will be responsible for bearing the cost of disclosure of the tapes. The non-accused target may then proceed to the civil courts with his or her action for damages, armed with a declaratory ruling that the search was illegal and with the recording materials as evidence of prejudice suffered. However, if the non-accused is not successful in such a demonstration, he or she will be denied access to the recording materials, and he or she will be estopped from further litigating the legality of the wiretap search.

I, of course, disagree with my colleagues as to the crucial initial hurdle that a non-accused target

ordonnance pour la divulgation des enregistrements comme réparation convenable et juste en application du par. 24(1) de la *Charte*. Mes collègues proposent donc que, à la suite de la divulgation automatique des documents contenus dans le paquet, la cible non accusée peut s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer et de remettre des copies des bandes magnétiques originales et de toutes transcriptions disponibles. Si la cible cherche à contester la légalité de l'exécution de la perquisition, le ministère public est tenu de fournir au tribunal et à la cible des affidavits décrivant la manière dont la perquisition par écoute électronique s'est déroulée, en plus de toutes les notes disponibles concernant le déroulement de la perquisition. Pour obtenir une ordonnance de divulgation des enregistrements, la cible doit, en se fondant sur les documents déjà cités et sur la prépondérance des probabilités, convaincre le tribunal que ses communications privées ont été interceptées illégalement. Ainsi que le font observer mes collègues, cette procédure traduira, à maints égards, la procédure énoncée dans l'arrêt *Garofoli*, précité, pour contester la légalité d'une perquisition par écoute électronique dans le cours d'un procès. Si la cible non accusée réussit à prouver que la perquisition par écoute électronique était illégale en ce qui concerne son autorisation ou son exécution, elle aura droit à une ordonnance de divulgation des enregistrements, sous réserve des conditions appropriées que le tribunal peut imposer. Dans la plupart des cas, une fois la perquisition jugée illégale, le ministère public devra assumer les frais de divulgation des bandes magnétiques. La cible non accusée peut ensuite s'adresser aux tribunaux civils pour son action en dommages-intérêts, munie d'un jugement déclarant que la perquisition était illégale et des enregistrements comme éléments de preuve du préjudice subi. Cependant, si le non-accusé ne réussit pas à établir une telle preuve, il se verra refuser l'accès aux enregistrements, et il ne pourra pas contester davantage la légalité de la perquisition par écoute électronique.

Il va sans dire que je ne suis pas d'accord avec mes collègues quant à l'obstacle initial important

must meet to gain access to the packet under s. 187(1)(a)(ii). But once a target surpasses this hurdle, subject to my comments below, I would substantially adopt the procedure outlined by *La Forest and Sopinka JJ.* for subsequent disclosure of the recording materials. In my view, this procedure, by establishing a mechanism for disclosure which reflects the actual relevance of the recording materials to an action for damages for unlawful interception of private communications, reaches an appropriate balance between the individual's interest in vindicating his or her rights under ss. 8 and 24(1) of the *Charter* and the state's proprietary interest in the fruits of its confidential investigations.

qu'une cible qui n'a pas été accusée doit franchir pour avoir accès au paquet en vertu du sous-al. 187(1)a(ii). Mais une fois qu'une cible surmonte cet obstacle, j'adopterais essentiellement, sous réserve des observations formulées ci-dessous, la procédure énoncée par les juges *La Forest et Sopinka* pour la divulgation subséquente des enregistrements. À mon avis, cette procédure, en établissant un mécanisme de divulgation qui reflète la pertinence véritable des enregistrements dans le cas d'une action en dommages-intérêts pour interception illégale de communications privées, atteint un juste équilibre entre l'intérêt de l'individu à faire valoir les droits que lui garantissent l'art. 8 et le par. 24(1) de la *Charte*, et le droit de propriété de l'État sur le produit de ses enquêtes confidentielles.

65

The non-accused target does indeed have an interest in the disclosure of the recording materials to give effect to his or her civil and constitutional remedies against unreasonable search and seizure. However, this interest is limited, as the target will generally not need access to the tapes to challenge the legality of the surveillance and to establish the liability of the Crown. If the target is seeking to challenge the legality of the authorization, the recording materials will generally not be relevant to establishing liability. The materials, representing the fruits of a surveillance, will not assist the target in determining whether the authorization was originally granted on adequate reasonable and probable grounds in accordance with Part VI. If the target is seeking to challenge the lawfulness of the execution of the surveillance, the materials may be of greater relevance. The materials may assist in determining whether the surveillance was conducted within the stipulated limits of the authorization (i.e., within particular dates and time). But the target may equally scrutinize the execution of the wiretap search through disclosure of the documentary logs of the interception and affidavits of the officers who conducted the surveillance will serve as an adequate substitute means of verification. Otherwise, the recording materials will be principally if not exclusively relevant to determining the extent of damages suffered by the target as a result of an illegal wiretap sur-

La cible non accusée a effectivement un intérêt dans la divulgation des enregistrements afin de donner effet à ses recours civils et constitutionnels contre une fouille, perquisition ou saisie abusive. Toutefois, cet intérêt est limité, car la cible n'aura pas besoin en général d'avoir accès aux bandes magnétiques pour contester la légalité de la surveillance et pour établir la responsabilité de l'État. Si la cible cherche à contester la légalité de l'autorisation, les enregistrements ne seront généralement pas pertinents pour établir la responsabilité. Les documents, qui sont le produit d'une surveillance, n'aideront pas la cible à déterminer si l'autorisation a été accordée à l'origine pour des motifs raisonnables et probables conformément à la partie VI. Si la cible cherche à contester la légalité de l'exécution de la surveillance, les documents peuvent être davantage pertinents. Ils peuvent aider à déterminer si la surveillance a été effectuée dans les limites prescrites de l'autorisation (c.-à-d. aux heures et aux dates précisées). Mais la cible peut également scruter l'exécution de la perquisition par écoute électronique grâce à la divulgation des notes relatives à l'interception, et les affidavits des agents qui ont effectué la surveillance serviront de moyens de vérification adéquats. Par ailleurs, les enregistrements seront principalement, sinon exclusivement, pertinents pour déterminer l'étendue des dommages subis par la cible à la suite d'une surveillance illégale par écoute élec-

veillance. By examining the contents of the intercepted communications, the target will be able to assess the degree to which the state encroached into his private life, which in turn, will assist in the determination of appropriate compensation.

On the other side of the equation, the state has an interest in limiting the disclosure of the actual recording tapes. The content of the tapes risks disclosing the focus of the police investigation in a particular case, as well as the general *modus operandi* of police electronic surveillance. As well, as my colleagues note, at para. 109, in many circumstances the disclosure of surveillance tapes (and available transcripts) will represent an enormous undertaking involving production of dozens, if not hundreds, of hours of recorded conversations. Furthermore, the disclosure of surveillance tapes requires considerable police supervision to ensure that the tapes are properly edited to guard against the disclosure of conversations of innocent third parties which do not involve the target.

I believe that the procedural framework adopted by *La Forest and Sopinka JJ.* adequately accounts for the particular relevance of the recording materials and sufficiently accommodates the competing interests of the individual and the state. I have no doubt that the specifics of this procedural framework for disclosure of surveillance recording materials to a non-accused target will require further elaboration by lower courts. But I would welcome and encourage Parliament's assistance in clarifying the murky procedural waters of Part VI of the *Criminal Code*.

- (2) Did the judge err in this instance in declining to grant a judicial order compelling the Crown to disclose the recording materials resulting from the surveillance?

After having refused the appellant's order to open the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii), the judge declined to address the appellant's parallel request for disclosure of the recording tapes and accompanying transcripts. Since I would hold that

tronique. En examinant le contenu des communications interceptées, la cible pourra évaluer dans quelle mesure l'État a porté atteinte à sa vie privée, ce qui aidera à son tour à déterminer l'indemnisation appropriée.

En revanche, l'État a un intérêt à limiter la divulgation des bandes magnétiques elles-mêmes. Leur contenu risque de dévoiler l'orientation de l'enquête policière dans un cas particulier, ainsi que le *modus operandi* général de la surveillance électronique effectuée par la police. En outre, comme mes collègues le font observer, au par. 109, dans bien des cas, la divulgation des bandes magnétiques relatives à la surveillance (et des transcriptions disponibles) constituera une entreprise énorme impliquant la production de douzaines, sinon de centaines, d'heures de conversations enregistrées. De plus, la divulgation des bandes magnétiques relatives à la surveillance exige une supervision considérable de la police afin qu'elles soient révisées adéquatement pour éviter la divulgation de conversations de tiers innocents qui ne concernent pas la cible.

Je crois que le cadre procédural adopté par les juges *La Forest et Sopinka* rend compte adéquatement de la pertinence particulière des enregistrements et sert suffisamment les intérêts divergents de l'individu et de l'État. Je ne doute pas que les caractéristiques de ce cadre procédural pour la divulgation des enregistrements résultant de la surveillance à une cible qui n'a pas été accusée devront être précisées par les instances inférieures. Mais j'inviterais et encouragerais le législateur à aider à clarifier les eaux troubles de la procédure relative à la partie VI du *Code criminel*.

- (2) Le juge a-t-il commis une erreur en l'espèce en refusant d'accorder une ordonnance judiciaire enjoignant au ministère public de divulguer les enregistrements résultant de la surveillance?

Après avoir rejeté la demande présentée par l'appelant en vue d'obtenir une ordonnance pour l'ouverture du paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), le juge a refusé d'examiner la demande parallèle de l'appelant concernant la

66

67

68

a non-accused target may only seek disclosure of the recording materials in a separate proceeding following the grant of an order opening the sealed packet, I find that the judge did not err in denying at this stage the appellant's request for access to the tapes and transcripts produced as a result of the October-November 1992 electronic surveillance.

III. Conclusion and Disposition

69

Pursuant to the foregoing analysis, I find that the judge erred in automatically rejecting the appellant's request for a judicial order opening the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii) on the narrow ground that the appellant was not a criminal accused. The judge should have extended the appellant a meaningful opportunity to present a justification for such an order, and the judge should have considered whether to exercise his discretion to grant access to the packet in accordance with the existing judicial interpretation of s. 187(1)(a)(ii) as elaborated above. I would therefore allow the appeal in this instance, and order that this matter be remitted to the Superior Court of Quebec for reconsideration of the appellant's motion under s. 187(1)(a)(ii) in accordance with these reasons.

English version of the reasons of La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ. delivered by

70

LA FOREST AND SOPINKA JJ. — This appeal requires the Court to determine whether a person who was under electronic surveillance (a "target") but who was not subsequently charged may nevertheless have access to the sealed packet and the tapes and, if so, to what extent and by what means. The appellant maintains that both the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and the *Canadian*

divulgarion des bandes magnétiques et des transcriptions les accompagnant. Comme je suis d'avis de conclure qu'une cible qui n'a pas été accusée ne peut demander la divulgation des enregistrements que dans une procédure distincte à la suite de l'octroi d'une ordonnance pour l'ouverture du paquet scellé, j'estime que le juge n'a pas commis d'erreur en rejetant à ce stade la demande de l'appelant pour avoir accès aux bandes magnétiques et aux transcriptions résultant de la surveillance électronique effectuée durant les mois d'octobre et novembre 1992.

III. Conclusion et dispositif

D'après l'analyse qui précède, je conclus que le juge a commis une erreur en rejetant automatiquement la demande d'ordonnance présentée par l'appelant en vue de faire ouvrir le paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii), pour le strict motif que l'appelant n'était pas accusé au criminel. Le juge aurait dû donner à l'appelant une véritable occasion de présenter une justification en vue d'une telle ordonnance, et il aurait dû examiner la possibilité d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'accès au paquet conformément à l'interprétation que les tribunaux donnent actuellement du sous-al. 187(1)a)(ii) comme il est expliqué ci-dessus. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en l'espèce et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée devant la Cour supérieure du Québec pour qu'elle procède à un nouvel examen de la requête présentée par l'appelant en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii), en tenant compte des présents motifs.

Les motifs des juges La Forest, Sopinka, Cory et Major ont été rendus par

LES JUGES LA FOREST ET SOPINKA — À l'occasion du présent pourvoi, notre Cour doit déterminer si une personne qui a fait l'objet de surveillance électronique (une «cible») mais qui n'a pas été subséquentement accusée, peut tout de même avoir accès au paquet scellé ainsi qu'aux bandes magnétiques et, si c'est le cas, dans quelle mesure et de quelle manière. L'appelant prétend que tant

Charter of Rights and Freedoms entitle him to such access.

I. Background

Following the October 1992 publication of an article in a Quebec periodical, the Sûreté du Québec investigated an alleged leak of confidential documents belonging to the Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes. The investigation uncovered certain information that the police felt incriminated the appellant, a lawyer, and a search warrant was issued by a justice of the peace on October 30, 1992. The appellant, who was suspected of breach of trust, was arrested three days later. His residence was searched at the same time.

The appellant then filed a motion for *certiorari* in the Superior Court, alleging that his detention and the search of his residence had been unlawful and unreasonable. On December 4, 1992, Pinard J. granted his motion in part. He found that the appellant's arrest and detention on November 2, 1992 had been unlawful, arbitrary and unreasonable and quashed the search in part, while reserving the appellant's right to seek an appropriate monetary remedy. In his reasons, Pinard J. criticized the police for seizing documents not covered by the search warrant and characterized their actions as a veritable "fishing expedition". Although the search warrant had authorized them to seize government documents only, some of the appellant's professional diaries and certain confidential, privileged documents had also been seized. Pinard J. added that there had been no reasonable and probable grounds to arrest or detain the appellant in this case.

On February 11, 1993, a specially designated agent of the respondent sent the appellant a notification under s. 196 of the *Criminal Code* stating that an authorization had been duly issued on October 27, 1992 for the interception of his private communications. The authorization was valid through November 15, 1992.

le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, que la *Charte canadienne des droits et libertés* le lui permettent.

I. Le contexte

Après la publication d'un article en octobre 1992 dans un périodique québécois, la Sûreté du Québec enquête relativement à une prétendue fuite de documents confidentiels appartenant au Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes. L'enquête révèle certains indices que les autorités policières considèrent incriminants pour l'appellant, un avocat. Un mandat de perquisition est émis par un juge de paix le 30 octobre 1992. Soupçonné d'abus de confiance, l'appellant est arrêté trois jours plus tard. Son domicile est au même moment perquisitionné.

L'appellant dépose alors en Cour supérieure une requête en *certiorari*, alléguant avoir été victime d'une détention et d'une perquisition illégales et abusives. Le juge Pinard accueille en partie sa requête le 4 décembre 1992. Ce dernier déclare illégales, arbitraires et abusives l'arrestation et la détention de l'appellant survenues le 2 novembre 1992 et annule en partie la perquisition tout en lui réservant la possibilité d'obtenir une réparation pécuniaire appropriée. Dans ses motifs, le juge Pinard reproche aux policiers d'avoir saisi des documents qui n'étaient pas visés par le mandat de perquisition, qualifiant leurs agissements de véritable «partie de pêche». Le mandat de perquisition ne les autorisait qu'à saisir des documents appartenant au gouvernement. Or, des agendas professionnels de l'appellant, de même que certains documents confidentiels et privilégiés avaient été également saisis. Le juge Pinard ajoute qu'en l'espèce, aucun motif probable et raisonnable ne justifiait l'arrestation ou la détention de l'appellant.

Le 11 février 1993, un mandataire spécialement autorisé de l'intimé fait parvenir à l'appellant, conformément à l'art. 196 du *Code criminel*, un avis l'informant que le 27 octobre 1992, une autorisation avait été dûment émise permettant l'interception de ses communications privées. L'autorisation était valide jusqu'au 15 novembre 1992 inclusivement.

71

72

73

74

On April 30, 1993, the appellant filed a motion in the Superior Court under s. 187 of the *Criminal Code* to have the sealed packet in the court's custody opened. In the motion, the appellant stated that he intended to file a civil action for damages to obtain compensation for the damage he claimed to have suffered as a result of the police action against him. He also stated that he had reasonable grounds to believe that the application for authorization and the investigating officer's affidavit required by s. 185 of the *Code*, which were in the sealed packet pursuant to s. 187, did not refer to his status as a lawyer, contrary to s. 185(1)(e). Finally, he claimed that the electronic surveillance had been conducted against him unlawfully. He asked the court to order that the sealed packet be opened and that he be provided with a copy of its contents and of the recordings and transcripts made from the intercepted communications.

75

When the motion was heard on May 19, 1993, Paul J. read the documents in the sealed packet and assured the appellant that his status as a lawyer was mentioned therein. He also said that the appellant's motion was premature at that time, since he was neither an accused nor a plaintiff in a civil action.

76

On June 23, 1993, the appellant filed an action for damages in the Superior Court in connection with the actions taken against him by the police. An amended declaration was filed on July 15, 1993. The parties agreed on an out-of-court settlement on September 30, 1994. On December 8, 1994, this Court granted the appellant leave to appeal Paul J.'s decision. The respondent maintained that the appeal had been invalidated by the settlement and sought to have it quashed, but his motion was dismissed on March 6, 1995.

II. Analysis

77

We are of the opinion that the appeal should be allowed. First of all, the legislation does not limit access to the sealed packet to targets against whom charges have been laid. Rather, Parliament intended to confer an unlimited discretion on the

Le 30 avril 1993, l'appelant dépose une requête en Cour supérieure pour faire ouvrir le paquet scellé sous garde du tribunal en vertu de l'art. 187 du *Code criminel*. L'appelant y allègue avoir l'intention d'intenter devant un tribunal civil une action en dommages-intérêts pour le préjudice qu'il prétend avoir subi par suite des agissements des autorités policières à son endroit. De plus, il allègue avoir des motifs raisonnables de croire que la demande d'autorisation et l'affidavit de l'agent-enquêteur requis par l'art. 185 du *Code* et faisant partie du paquet scellé conformément à l'art. 187 ne font pas référence à sa qualité d'avocat, contrairement à l'al. 185(1)e). Finalement, il allègue que la surveillance électronique dont il a fait l'objet était illégale. Il demande au tribunal d'ordonner que le paquet scellé soit ouvert, que copie de son contenu lui soit remise ainsi que copie des enregistrements et des notes sténographiques produites à partir des communications interceptées.

Lors de l'audition de la requête le 19 mai 1993, le juge Paul prend connaissance des documents se trouvant dans le paquet scellé et certifie à l'appelant que sa qualité d'avocat y est mentionnée. De plus, il précise que la requête de l'appelant est à ce stade prématurée, puisqu'il n'est alors ni accusé ni demandeur dans le cadre d'une action civile.

Le 23 juin 1993, l'appelant intente en Cour supérieure une action en dommages-intérêts relativement aux agissements des autorités policières à son endroit. Une déclaration amendée est déposée le 15 juillet suivant. Les parties conviennent d'un règlement à l'amiable le 30 septembre 1994. Le 8 décembre 1994, notre Cour accorde à l'appelant l'autorisation de se pourvoir contre la décision du juge Paul. Prétendant que le pourvoi est devenu caduc par suite du règlement, l'intimé tente de le faire annuler, mais sa requête est rejetée le 6 mars 1995.

II. L'analyse

Nous sommes d'avis que l'appel devrait être accueilli. D'abord, la loi ne limite aucunement l'accès au contenu du paquet scellé aux personnes-cibles qui ont été accusées. Le législateur a plutôt voulu conférer aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire.

courts, leaving it to them to determine the circumstances in which access to the sealed packet is justified and the extent to which it should be authorized. Section 8 of the *Charter* gives non-accused targets, like accused targets, a constitutional right of access to the sealed packet, subject to the power of the judge to whom the application for access is made to edit the documents for reasons of public policy and public interest. The fact that for an accused target this right also arises from a combination of ss. 7 and 11(d) of the *Charter* when the communications are adduced in evidence by the Crown at trial does not mean that such a target has greater rights than a non-accused target as far as access to the sealed packet is concerned. It therefore cannot be argued that a non-accused target's right of access is narrower in scope than that of an accused target. We are also of the opinion that in some cases an applicant in the appellant's position could be given access to the results of the wiretap, which may take the form of tapes or transcripts. In the case at bar, no evidence was submitted to this Court about the form in which the wiretap results were kept. To simplify matters, we shall refer to the "recordings".

Access to recordings is assessed differently than access to the sealed packet because for the former there is no legislative provision equivalent to s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. We have concluded, however, that a plaintiff who shows that his or her rights have been infringed should be given access to the results of an unlawful wiretap.

A. A Target's Right of Access to the Sealed Packet

It should be noted at the outset that the former version of s. 187 of the *Criminal Code* applies to this appeal, as the amendments since made by Parliament did not come into force until August 1, 1993 (*An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40). As will be seen below, however, these reasons are

tionnaire illimité, leur laissant le soin d'établir dans quelles circonstances l'accès au contenu du paquet scellé est justifié et dans quelle mesure il doit être autorisé. Or, tout comme à l'égard d'une cible qui a été accusée, l'art. 8 de la *Charte* confère aux cibles qui ne l'ont pas été le droit constitutionnel d'avoir accès au contenu du paquet scellé, sous réserve du pouvoir du juge saisi de la demande d'accès de réviser les documents pour des considérations d'ordre et d'intérêt publics. Le fait qu'à l'égard d'une cible qui a été accusée ce droit découle aussi d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, lorsque les communications sont mises en preuve au procès par le ministère public, ne signifie pas que celle-ci jouit de plus de droits en ce qui a trait à l'accès au contenu du paquet scellé qu'une cible qui n'a pas été accusée. On ne peut donc soutenir que l'étendue du droit d'accès d'une cible qui n'a pas été accusée est moindre que celle du droit d'une cible qui a été accusée. Nous sommes aussi d'avis que, dans certains cas, un demandeur dans la situation de l'appelant pourrait avoir accès aux résultats de l'écoute électronique. Ces résultats peuvent prendre la forme de cassettes ou de transcriptions. En l'espèce, aucune preuve ne nous a été présentée quant à la forme sous laquelle ces résultats ont été préservés. Pour alléger le texte, nous ferons référence aux «enregistrements».

L'accès aux enregistrements s'apprécie différemment de l'accès au paquet scellé vu l'absence de disposition législative équivalente au sous-al. 187(1)a)(ii) du *Code criminel*. Néanmoins, nous avons conclu que le demandeur qui réussit à établir l'atteinte à ses droits devrait se voir octroyer l'accès aux résultats de l'écoute illégale.

A. Le droit d'accès de la cible de l'écoute électronique au contenu du paquet scellé

Il est d'abord utile de souligner que l'ancienne version de l'art. 187 du *Code criminel* s'applique au présent pourvoi, les modifications apportées par le législateur depuis n'étant entrées en vigueur que le 1^{er} août 1993 (*Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40). Cependant, comme

equally applicable to the provision as it is currently worded. At the relevant time, s. 187 of the *Criminal Code* read as follows:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552; and

(b) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (a)(ii).

(2) An order under subsection (1) may only be made after the Attorney General or the Solicitor General by whom or on whose authority the application was made for the authorization to which the order relates has been given an opportunity to be heard. [Emphasis added.]

80

In *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, this Court had to reassess the scope of an accused target's right of access to the sealed packet in light of the *Charter*. The majority found that s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* (s. 178.14(1)(a)(ii) at the time) conferred an unlimited discretion on the judges mentioned therein, thus reflecting Parliament's intention to leave it to the courts themselves to determine the circumstances in which access was justified and the extent to which it should be authorized (see p. 1510). Pre-*Charter* decisions subordinated the rights of accused persons to the needs of law enforcement by requiring such persons to show that there were exceptional circumstances that justified granting them access to the sealed packet. The courts thus

nous le constaterons ultérieurement, les présents motifs sont tout aussi applicables à la formulation actuelle de cette disposition. L'article 187 du *Code criminel*, à l'époque pertinente, était libellé ainsi:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 185 ou des paragraphes 186(6) ou 196(2) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut:

a) être ouvert et son contenu ne peut être enlevé, si ce n'est:

(i) soit pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation,

(ii) soit en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge au sens de l'article 552;

b) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa a)(ii).

(2) Une ordonnance prévue au paragraphe (1) ne peut être rendue qu'après que le procureur général ou le solliciteur général qui a demandé l'autorisation à laquelle les documents visés par l'ordonnance se rapportent, ou sur l'ordre de qui cette demande a été faite, a eu la possibilité de se faire entendre. [Nous soulignons.]

Dans l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, notre Cour était appelée à réévaluer l'étendue du droit d'une cible qui a été accusée d'avoir accès au contenu du paquet scellé eu égard aux exigences de la *Charte*. La majorité a précisé que le sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code criminel* (alors le sous-al. 178.14(1)(a)(ii)) conférait aux juges mentionnés un pouvoir discrétionnaire illimité, traduisant ainsi l'intention du législateur de laisser le soin aux tribunaux de déterminer eux-mêmes dans quelles circonstances l'accès était justifié et dans quelle mesure il devait être autorisé (voir p. 1510). La jurisprudence antérieure à la *Charte* subordonnait les droits des accusés aux exigences de l'application de la loi, en leur imposant le fardeau de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant que leur soit permis l'accès au contenu du paquet scellé.

exercised the unlimited discretion conferred on them by the legislation in a restrictive manner.

The advent of the *Charter* required that the exercise of this discretion be re-evaluated in light of the rights and freedoms guaranteed therein. In *Dersch*, the majority established that accused persons were now automatically entitled to access to the sealed packet, subject to the editing power of the judge to whom the application was made.

This right derived first from s. 8 of the *Charter*, which guarantees everyone the right to be secure against unreasonable search or seizure by the state. The following was stated at p. 1515:

Under s. 8 of the *Charter*, the accused has acquired a constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure. Because an unlawful search will be an unreasonable one, s. 8 also confers on the accused the right to challenge the lawfulness of a search or seizure of which the accused is the target. That right would be hollow if it did not permit access to the sealed packet. [Emphasis added.]

It was necessary to recognize that s. 8 of the *Charter* gave accused persons who had been under electronic surveillance a constitutional right of access to the sealed packet because of the impossible position in which such persons were placed: in practice, it could not be determined whether the authorization had been obtained in accordance with the provisions of the *Criminal Code* except by consulting the documents in the sealed packet. Without access to the sealed packet, their constitutional rights under s. 8 ultimately remained moot. The conclusion reached by the majority in *Dersch* is consistent with the spirit of this Court's decision in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30. In that case, this Court found that the electronic surveillance scheme established by Parliament in the *Criminal Code* was constitutionally valid under s. 8 of the *Charter*. According to the majority, since the measures adopted by Parliament made it possible for individuals whose communications had been intercepted by the state to call the state to account, the *Criminal Code* scheme struck an appropriate balance under s. 8 of the *Charter* between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its

Les tribunaux exerçaient ainsi le pouvoir illimité que leur conférait la loi d'une manière restrictive.

L'avènement de la *Charte* a exigé la réévaluation de l'exercice de ce pouvoir à la lumière des droits et libertés dorénavant garantis. Dans *Dersch*, la majorité a établi que toute personne accusée a maintenant un droit d'accès automatique au contenu du paquet scellé, sous réserve du pouvoir de révision du juge saisi de la demande.

Ce droit découle d'abord de l'art. 8 de la *Charte*, qui garantit à toute personne la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives par l'État. À la p. 1515, on y lit:

En vertu de l'art. 8 de la *Charte*, l'accusé a acquis un droit constitutionnel d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Comme une fouille illégale sera généralement une fouille abusive, l'art. 8 confère aussi à l'accusé le droit de contester la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie dirigée contre l'accusé. Ce droit serait vide de sens s'il ne permettait pas l'accès au paquet scellé. [Nous soulignons.]

Reconnaître que l'art. 8 de la *Charte* confère aux accusés ayant fait l'objet de surveillance électronique le droit constitutionnel d'avoir accès au contenu du paquet scellé s'imposait en raison de la situation impossible dans laquelle ils se trouvaient: en effet, on ne pouvait, en pratique, déterminer si l'autorisation avait été obtenue en conformité avec les dispositions du *Code criminel* qu'en consultant les documents contenus dans le paquet scellé. Sans accès au contenu du paquet scellé, leurs droits constitutionnels garantis à l'art. 8 demeuraient finalement théoriques. La conclusion à laquelle est arrivée la majorité dans l'arrêt *Dersch* est d'ailleurs conforme à l'esprit de la décision de notre Cour dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30. Dans cette affaire, notre Cour avait confirmé la validité constitutionnelle du régime de surveillance électronique établi par le législateur au *Code criminel* eu égard à l'art. 8 de la *Charte*. La majorité avait précisé que la possibilité que les citoyens dont les communications avaient été interceptées par l'État lui demandent des comptes, faisait partie des mesures adoptées par le législateur, de sorte que le régime établi au *Code criminel* constituait un juste équilibre, eu égard à l'art. 8 de la *Charte*, entre le

81

82

responsibilities for law enforcement. At pp. 45-46, the majority stated the following in this regard:

In proceeding in this fashion, Parliament has, in my view, succeeded in striking an appropriate balance. It meets the high standard of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure by subjecting the power of the state to record our private communications to external restraint and requiring it to be justified by application of an objective criterion. The reason this represents an acceptable balance is that the imposition of an external and objective criterion affords a measure of protection to any citizen whose private communications have been intercepted. It becomes possible for the individual to call the state to account if he can establish that a given interception was not authorized in accordance with the requisite standard. If privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself, a reasonable expectation of privacy would seem to demand that an individual may proceed on the assumption that the state may only violate this right by recording private communications on a clandestine basis when it has established to the satisfaction of a detached judicial officer that an offence has been or is being committed and that interception of private communications stands to afford evidence of the offence. [Emphasis added.]

droit individuel des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'application des lois. Aux pages 45 et 46, la majorité tient les propos suivants à cet égard:

Le Parlement, à mon avis, a donc réussi à établir un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer nos communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cet équilibre est acceptable parce que le recours à un critère externe objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont été interceptées. Il lui est alors possible de demander des comptes à l'État, s'il est en mesure d'établir qu'une interception donnée n'a pas été autorisée en conformité avec la norme prévue. Si la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant, il semblerait raisonnable en matière de respect de la vie privée de s'attendre qu'une personne puisse présumer que l'État ne peut porter atteinte à ce droit en enregistrant clandestinement des communications privées que s'il a convaincu un officier de justice impartial qu'une infraction a été commise ou est en train de l'être et que l'interception de communications privées fournira une preuve de la pénétration de l'infraction. [Nous soulignons.]

83

Of course, in addition to the constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure, an accused target has the right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, one aspect of which, as noted by the majority in *Dersch, supra*, at pp. 1515-16, is that an accused is entitled to test the admissibility of a piece of evidence according to the ordinary rules governing admissibility. Since s. 189(1) of the *Criminal Code* (now repealed) provided that unlawfully intercepted conversations were inadmissible as evidence, the right of an accused target to make full answer and defence required that he or she be able to ensure that the interception the Crown wished to adduce in evidence was lawful, which in practice could be done only by consulting the documents in the sealed packet. As with their s. 8 right, this component of the right of accused

Évidemment, une cible qui a été accusée bénéficie, outre du droit constitutionnel à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, du droit à une défense pleine et entière en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* dont un des aspects, comme la majorité le rappelait dans *Dersch*, précité, aux pp. 1515 et 1516, est de permettre à une personne accusée de vérifier l'admissibilité d'une preuve conformément aux règles ordinaires en régissant l'admissibilité. Comme le par. 189(1) du *Code criminel* (maintenant abrogé) prévoit l'inadmissibilité en preuve de conversations interceptées illégalement, le droit d'une cible qui a été accusée à une défense pleine et entière commande qu'elle puisse s'assurer de la légalité de l'interception que le ministère public désire introduire en preuve. Cela ne peut se faire en pratique qu'en consultant les documents contenus dans le

targets to make full answer and defence was “hollow” if it did not enable them to have access to the sealed packet.

From a constitutional point of view, therefore, both ss. 7 and 11(d) and s. 8 provide accused targets with the means — and the right — to gain access to the sealed packet. At this stage of the analysis, it is important to recall that the reasons of the majority in *Dersch, supra*, clearly indicate that the nature of the right of access to documents in the sealed packet is the same whether it derives from s. 8 or from a combination of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In both cases, the right arises from the fact that under either s. 8 or ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, an accused target has the constitutional right to determine whether the interception complies with the scheme established by Parliament in the *Criminal Code*. This finding is of some relevance to the instant appeal, as will be seen below.

Since *Dersch, supra*, judges to whom applications for access to a sealed packet are made must therefore exercise their discretion differently. Whereas at one time the person requesting access to the sealed packet had to show that there were exceptional circumstances, the *Charter* now requires that accused targets always be given complete access because of their constitutional rights under ss. 7, 11(d) and 8 of the *Charter*, although this remains subject to the power of the judge to whom the application is made to edit the documents in the public interest, as stated in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469.

What is the position of non-accused targets? It should be noted that Canadian courts do not seem to have ever had the opportunity to consider the right of non-accused targets to obtain access to the sealed packet since this Court’s decisions dealing with the *Charter*’s impact on the legislative electronic surveillance scheme.

paquet scellé. De la même manière qu’à l’égard de leur droit garanti par l’art. 8, cette composante du droit des cibles accusées à une défense pleine et entière est «vide de sens» si elle ne leur permet pas d’avoir accès au contenu du paquet scellé.

D’un point de vue constitutionnel donc, tant l’art. 7 et l’al. 11d) que l’art. 8 offrent aux cibles qui ont été accusées le moyen — et le droit — d’avoir accès au contenu du paquet scellé. À ce stade de l’analyse, il est important de rappeler que les motifs de la majorité dans *Dersch*, précité, indiquent clairement que la nature du droit d’accès aux documents contenus dans le paquet scellé est la même qu’il découle de l’art. 8 ou d’une combinaison de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*. Dans les deux cas, ce droit découle du fait que, tant en vertu de l’art. 8 que de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*, la cible qui a été accusée bénéficie du droit constitutionnel de vérifier la conformité de l’interception au régime établi par le législateur au *Code criminel*. Cette constatation revêt une certaine pertinence aux fins du présent pourvoi, comme nous le constaterons plus loin.

Depuis l’arrêt *Dersch*, précité, les juges saisis de demandes d’accès au contenu du paquet scellé doivent donc exercer différemment leur pouvoir discrétionnaire. Alors qu’auparavant l’existence de circonstances exceptionnelles devait être établie par la personne requérant l’accès au contenu du paquet scellé, la *Charte* exige dorénavant que l’accès intégral soit accordé dans chaque cas à une cible inculpée en raison des droits constitutionnels dont elle bénéficie en vertu de l’art. 7, de l’al. 11d) et de l’art. 8 de la *Charte*, sous réserve toujours du pouvoir du juge saisi de la demande de réviser les documents pour des motifs d’intérêt public comme cela est précisé dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469.

Qu’en est-il de la situation des cibles qui n’ont pas été accusées? Soulignons que les tribunaux canadiens ne semblent jamais avoir eu l’occasion de traiter du droit des cibles qui n’ont pas été accusées d’avoir accès au contenu du paquet scellé, depuis les arrêts de notre Cour traitant de l’impact de la *Charte* sur le régime législatif relatif à la surveillance électronique.

84

85

86

87

First of all, in light of this Court's previous decisions, it cannot be asserted that the wording of s. 187 of the *Criminal Code* limits access to the sealed packet to accused targets. As noted above, this Court interpreted s. 187(1)(a)(ii) very broadly in *Dersch, supra*, finding that Parliament intended to confer a discretion on the courts that was unlimited, in that it was not limited in any way by the legislation. This Court has suggested on several occasions that access to the sealed packet is not strictly limited — at least by the legislation — to accused targets:

The purpose of the confidentiality provision of this section is apparently to ensure that the investigation is kept secret during the currency of the authorization and to protect informers, police techniques and procedures once the authorization is spent. Different considerations would apply in the exercise of the discretion of the judge depending on whether the authorization is current or spent. Similarly, different factors would come into play if the applicant is an accused person, a target of an intercepted communication, or simply an interested citizen. The section does not distinguish, leaving it to the judge. Apparently, Parliament was content to leave it to the courts to decide what special considerations were applicable to protect the rights of accused persons in the exercise of the power to open.

The judge still has a discretion but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the *Charter* right unless the application is granted. This does not affect the discretion in respect of a request by a target or a member of the public who is not an accused person, to which different considerations would apply. [Emphasis added.]

(*Dersch, supra*, at pp. 1510 and 1517.)

This Court also made similar statements in *Durette, supra*, at pp. 491-92:

Under s. 187, the material filed in support of an application for a wiretap authorization is placed in a sealed packet to which the public normally has no access. That section, however, also permits the packet to be opened and the contents removed pursuant to an order of a judge. The judge hearing an application under this sec-

D'abord, on ne peut soutenir, à la lumière de la jurisprudence antérieure de notre Cour, que le libellé de l'art. 187 du *Code criminel* restreint l'accès au paquet scellé aux seules cibles qui ont été accusées. Comme nous l'avons souligné, notre Cour a interprété le sous-al. 187(1)a(ii) dans l'arrêt *Dersch*, précité, de façon très large, précisant que le législateur avait voulu conférer aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire illimité, en ce sens qu'il n'était aucunement limité par la loi. Notre Cour a laissé entendre à plusieurs reprises que l'accès au contenu du paquet scellé n'était pas strictement limité — du moins par la loi — aux cibles qui avaient été accusées:

La disposition relative à la confidentialité a apparemment pour objet d'assurer que l'enquête sera tenue secrète pendant la durée de l'autorisation et de protéger les informateurs, ainsi que les techniques et procédures policières quand l'autorisation est expirée. Différentes considérations s'appliquent dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge selon que l'autorisation est en vigueur ou est expirée. De même, différents facteurs entrent en jeu si le requérant est un accusé, une personne visée par l'écoute électronique ou simplement un citoyen intéressé. La disposition ne fait pas de distinction, laissant le tout à l'appréciation du juge. Apparemment, le Parlement s'est contenté de laisser aux tribunaux le soin de déterminer quelles considérations spéciales s'appliquent à la protection des droits des accusés dans l'exercice du pouvoir d'ouvrir le paquet.

Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande. Cela ne modifie pas son pouvoir discrétionnaire relatif à une demande présentée par une cible ou une personne qui n'est pas l'accusé, auxquelles des considérations différentes s'appliquent. [Nous soulignons.]

(*Dersch*, précité, aux pp. 1510 et 1517.)

Notre Cour a aussi tenu des propos similaires dans l'arrêt *Durette*, précité, aux pp. 491 et 492:

Aux termes de l'art. 187, les documents déposés à l'appui d'une telle demande sont placés dans un paquet scellé auquel, normalement, le public n'a pas accès. Toutefois, cet article permet également l'ouverture du paquet et l'enlèvement de son contenu en application d'une ordonnance judiciaire. Le juge saisi d'une

tion has a broad discretion to decide whether or not to provide access to the packet. However, in the case of an accused, that discretion would not be exercised judicially or in conformity with the right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence unless access was provided: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. [Emphasis added.]

We note first that in light of this Court's previous decisions, it cannot be argued that the legislation limits the exercise of the discretion conferred on the judges mentioned in s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* to accused targets. The wording of the provision simply does not allow such a distinction to be made. This does not mean, of course, that everyone can have access to the sealed packet. A person with absolutely no interest in the packet's contents, for example, could not be given access, not because the *Code* precludes this but because in such circumstances there would be no justification for the judge hearing the application to exercise his or her discretion in the person's favour.

We should pause at this point to note that the respondent argues that s. 187, as it has been worded since August 1, 1993, entitles only the accused to have access to the sealed packet. The relevant parts of the newly worded section are as follows:

187. . . .

(1.2) The sealed packet may be opened and its contents removed for the purpose of dealing with an application for a further authorization or with an application for renewal of an authorization.

(1.3) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet.

(1.4) A judge or provincial court judge before whom a trial is to be held and who has jurisdiction in the province in which an authorization was given may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet if

demande d'accès présentée en vertu de cette disposition jouit, pour en disposer, d'un large pouvoir discrétionnaire. Dans le cas d'un accusé, toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n'est exercé judiciairement et en conformité avec le droit de présenter une défense pleine et entière prévu à la *Charte canadienne des droits et libertés* que si l'accès est accordé: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. [Nous soulignons.]

Or, nous constatons premièrement qu'on ne peut soutenir que la loi limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré aux juges mentionnés au sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code criminel*, à la lumière de la jurisprudence de notre Cour, aux seules cibles qui ont été accusées. Le libellé de la disposition ne nous permet tout simplement pas de faire une telle distinction. Ce qui ne veut pas dire, bien évidemment, que tout le monde a accès au contenu du paquet scellé. Une personne n'ayant absolument aucun intérêt dans le contenu du paquet scellé ne pourrait, par exemple, se voir permettre l'accès non pas parce que le *Code* l'en empêcherait, mais bien parce que, dans de telles circonstances, aucune raison ne justifierait le juge saisi de la demande d'exercer son pouvoir discrétionnaire en sa faveur.

Il y a lieu à ce stade d'ouvrir une parenthèse. L'intimé soutient que l'art. 187, tel que libellé depuis le 1^{er} août 1993, permet à l'accusé seulement d'avoir accès au paquet scellé. Les dispositions pertinentes du nouveau libellé sont les suivantes:

187. . . .

(1.2) Le paquet scellé peut être ouvert et son contenu retiré pour qu'il soit traité d'une nouvelle demande d'autorisation ou d'une demande de renouvellement d'une autorisation.

(1.3) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent.

(1.4) S'il a compétence dans la province où l'autorisation a été donnée, le juge ou le juge de la cour provinciale devant lequel doit se tenir le procès peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent si les conditions suivantes sont réunies:

(a) any matter relevant to the authorization or any evidence obtained pursuant to the authorization is in issue in the trial; and

(b) the accused applies for such an order for the purpose of consulting the documents to prepare for trial.

. . .

(4) Where a prosecution has been commenced and an accused applies for an order for the copying and examination of documents pursuant to subsection (1.3) or (1.4), the judge shall not, notwithstanding those subsections, provide any copy of any document to the accused until the prosecutor has deleted any part of the copy of the document that the prosecutor believes would be prejudicial to the public interest, including any part that the prosecutor believes could

(a) compromise the identity of any confidential informant;

(b) compromise the nature and extent of ongoing investigations;

(c) endanger persons engaged in particular intelligence-gathering techniques and thereby prejudice future investigations in which similar techniques would be used; or

(d) prejudice the interests of innocent persons.

(5) After the prosecutor has deleted the parts of the copy of the document to be given to the accused under subsection (4), the accused shall be provided with an edited copy of the document.

(6) After the accused has received an edited copy of a document, the prosecutor shall keep a copy of the original document, and an edited copy of the document and the original document shall be returned to the packet and the packet resealed.

(7) An accused to whom an edited copy of a document has been provided pursuant to subsection (5) may request that the judge before whom the trial is to be held order that any part of the document deleted by the prosecutor be made available to the accused, and the judge shall order that a copy of any part that, in the opinion of the judge, is required in order for the accused to make full answer and defence and for which the provision of a judicial summary would not be sufficient, be made available to the accused.

a) une question en litige concerne l'autorisation ou les éléments de preuve obtenus grâce à celle-ci;

b) le prévenu fait une demande à cet effet afin de consulter les documents pour sa préparation au procès.

. . .

(4) Dans le cas où une poursuite a été intentée et que le prévenu demande une ordonnance pour copie et examen des documents conformément aux paragraphes (1.3) ou (1.4), le juge ne peut, par dérogation à ces paragraphes, remettre une copie des documents au prévenu qu'après que le poursuivant a supprimé toute partie des copies qui, à son avis, serait de nature à porter atteinte à l'intérêt public, notamment si le poursuivant croit, selon le cas, que cette partie:

a) pourrait compromettre la confidentialité de l'identité d'un informateur;

b) pourrait compromettre la nature et l'étendue des enquêtes en cours;

c) pourrait mettre en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes d'obtention de renseignements et compromettre ainsi la tenue d'enquêtes ultérieures au cours desquelles de telles techniques seraient utilisées;

d) pourrait causer un préjudice à un innocent.

(5) Une copie des documents, après avoir été ainsi révisée par le poursuivant, est remise au prévenu.

(6) Une fois que le prévenu a reçu la copie, l'original est replacé dans le paquet, qui est scellé, et le poursuivant conserve une copie révisée des documents et une copie de l'original.

(7) Le prévenu à qui une copie révisée a été remise peut demander au juge devant lequel se tient le procès de rendre une ordonnance lui permettant de prendre connaissance de toute partie supprimée par le poursuivant; le juge accède à la demande si, à son avis, la partie ainsi supprimée est nécessaire pour permettre au prévenu de présenter une réponse et défense pleine et entière lorsqu'un résumé judiciaire serait insuffisant.

According to the respondent, the references to the "judge before whom the trial is to be held", the

D'après l'intimé, les références aux expressions «juge [. . .] devant lequel doit se tenir le procès»,

“accused” and “[w]here a prosecution has been commenced”, as well as the rest of the provision, indicate that Parliament must have intended to limit access to the sealed packet to accused targets. This argument has only a very indirect impact on the outcome of this appeal, since, as stated earlier, the former s. 187 of the *Criminal Code* applies to this case and not the new provision, as the respondent suggested. In any event, the respondent’s interpretation cannot be accepted in our view.

The 1993 amendments to s. 187 of the *Code* were made by Parliament in response to certain judgments rendered by this Court beginning in 1990, which clarified the scope of an accused’s right to the sealed packet in light of the new *Charter* requirements. In making the amendments, Parliament chose to impose a legislative framework on the exercise of judicial discretion, which, as we have seen, was not previously limited by the legislation in any way. However, Parliament did so only with respect to applications for access made by accused targets, while opting to allow the judicial discretion conferred by the legislation with respect to applications by other persons. Based on a comparative analysis of the old and new wordings, we have no doubt that this was Parliament’s intention.

There is no substantive difference between the first subsection of each provision. The counterpart of subpara. (1)(a)(i) of the former version is subs. (1.2) of the new version. Paragraph (1)(b) of the former version corresponds to subs. (1.5) of the new section. Subsection (2) of the former provision corresponds to subs. (2) and (3) of the new version. There is no substantive difference between subs. (1.3) of the new section and subpara. (1)(a)(ii) of the former version. Both refer to the order that may be made by a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 552, although the new provision also allows a provincial court judge to make the order in question. The provisions that are actually new are therefore subs. (1.4) and (4) to (7). It is perfectly

«prévenu» («*accused*») et «cas où une poursuite a été intentée», de même que le reste de la disposition, indiquent que le législateur n’a pu avoir d’autre intention que de limiter l’accès au contenu du paquet scellé aux seules cibles qui ont été accusées. Cet argument n’a qu’une incidence fort indirecte quant à l’issue du présent pourvoi, puisque, comme nous l’avons mentionné, c’est l’ancien art. 187 du *Code criminel* qui s’applique en l’espèce, et non la nouvelle disposition comme le laissait entendre l’intimé. Quoi qu’il en soit, l’interprétation de l’intimé ne peut, à notre avis, être retenue.

Les modifications à l’art. 187 du *Code* ont été apportées par le législateur en 1993 en réponse à certains arrêts rendus par notre Cour à partir de 1990 qui précisaient l’étendue du droit d’un accusé au paquet scellé eu égard aux exigences nouvellement posées par la *Charte*. Ce faisant, le législateur a choisi d’encadrer législativement l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui n’était auparavant, nous l’avons vu, aucunement limité par la loi. Cependant, le législateur ne l’a fait qu’à l’égard de demandes d’accès présentées par des cibles accusées tout en choisissant de laisser intact le caractère illimité du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par la loi à l’égard de demandes présentées par d’autres personnes. Une analyse comparative de l’ancien et du nouveau libellé ne laissent aucun doute dans notre esprit quant à l’intention du législateur.

Le premier paragraphe de chacune des dispositions ne diffère aucunement quant au fond. Le sous-alinéa (1)(a)(i) de l’ancienne version a son pendant au par. (1.2) de la nouvelle version. L’alinéa (1)(b) de l’ancienne version correspond au par. (1.5) du nouvel article. Le paragraphe (2) de l’ancienne disposition correspond aux par. (2) et (3) de la nouvelle version. Il n’existe aucune différence de fond entre le par. (1.3) du nouvel article et le sous-al. (1)(a)(ii) de l’ancienne version. Les deux font référence à l’ordonnance que peut rendre un juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l’art. 552, sauf quant à l’ajout fait à la nouvelle disposition permettant également à un juge d’une cour provinciale de prononcer l’ordonnance en question. Les dispositions

evident that through these provisions, Parliament intended, in response to the *Charter* requirements as interpreted in *Dersch, supra*, and *Garofoli, supra*, to guide the exercise of the judicial discretion to allow access to the sealed packet when an application is made by an accused target. It will be recalled that in those decisions, this Court established that not only under s. 8 of the *Charter* but also pursuant to the right to make full answer and defence guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, the accused was entitled to full disclosure of the contents of the sealed packet, subject "only to certain exceptions based upon overriding public interests" (see *Durette, supra*, at p. 495). The references in the new wording to the accused and the criminal process, on which the respondent based his textual argument, may therefore be interpreted differently than he suggested. It seems to us that Parliament instead intended to impose a legislative framework on judicial discretion with respect to applications by accused targets. Such an interpretation would be contrary to that proposed by the respondent, according to which Parliament clearly intended to enact legislation to confine access to accused targets.

véritablement nouvelles sont donc les par. (1.4) et (4) à (7). Or, il saute aux yeux que le Parlement a voulu, par ces dispositions, encadrer l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire de permettre l'accès au contenu du paquet scellé à la suite d'une demande présentée par une cible qui a été accusée, en réponse aux exigences de la *Charte* telles qu'interprétées dans les arrêts *Dersch* et *Garofoli*, précités. Dans ces décisions, rappelons-le, notre Cour a établi que l'accusé avait, non seulement en vertu de l'art. 8 de la *Charte* mais aussi en vertu de son droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, le droit à la divulgation intégrale du contenu du paquet scellé, sous réserve de «seulement quelques exceptions fondées sur des considérations prépondérantes d'intérêt public» (voir *Durette*, précité, à la p. 495). Les références à la personne qui a fait l'objet d'accusations ou au processus pénal dans la nouvelle formulation, sur lesquelles l'intimé fonde son argument de texte, peuvent donc s'interpréter autrement que de la manière proposée par ce dernier. Le législateur nous paraît plutôt avoir voulu fixer un cadre législatif au pouvoir discrétionnaire du juge à l'égard de demandes présentées par des cibles qui ont été accusées. Une telle interprétation irait à l'encontre de celle proposée par l'intimé, suivant laquelle le législateur a voulu carrément restreindre législativement l'accès aux seules cibles qui ont été accusées.

92

The immediate legislative context conflicts with the respondent's suggested interpretation. The first objection is Parliament's reference in subs. (4) of the new s. 187 of the *Code* to situations in which an application is made by an accused after a prosecution has been commenced:

(4) Where a prosecution has been commenced and an accused applies for an order for the copying and examination of documents. . . .

There would be absolutely no need for such a reference if the judge's discretion to grant access to the sealed packet could be exercised only in respect of applications made by accused targets. We are all the more convinced of this in light of the fact that subs. (4) is part of the 1993 amendments and that Parliament had the opportunity to

Une étude du contexte législatif immédiat s'oppose à l'interprétation proposée par l'intimé. On peut d'abord y opposer la référence faite par le législateur au par. (4) du nouvel art. 187 du *Code* aux situations où une demande est présentée par le prévenu et où une poursuite a été intentée:

(4) Dans le cas où une poursuite a été intentée et que le prévenu demande une ordonnance pour copie et examen des documents . . .

Une telle mention serait tout à fait inutile si le pouvoir discrétionnaire du juge de permettre l'accès au contenu du paquet scellé ne pouvait être exercé qu'à l'égard de demandes formulées par une cible qui a été accusée. Nous sommes d'autant plus convaincus que le par. (4) fait partie des modifications de 1993 et que le législateur avait l'occasion de

provide explicitly that only accused persons could have access to the sealed packet if it disagreed with the suggestions in *Dersch, supra*, about the possibility of a non-accused target being given such access. It did not do so.

A second consideration makes it clear to us that our conclusion is valid. As we explained earlier, the counterpart of subpara. (1)(a)(ii) of the former version of s. 187 of the *Criminal Code* — the legislative source of the judicial discretion to grant access to the sealed packet — is s. 187(1.3) of the new provision. To it, Parliament added subs. (1.4), which in our opinion became the legislative source of the judicial discretion to grant access to the sealed packet when the application is made by an accused target. In that subsection, Parliament saw fit to follow this Court's recommendation in *Dersch, supra*, that it was preferable in such circumstances for the application to be made to the trial judge. The majority stated the following (at p. 1517):

The application to open the sealed packet must be made in accordance with s. 178.14(1)(a)(ii). In some cases, the designated judge will not be the trial judge. It would be preferable to have the application before the trial judge and when the trial is before a judge referred to in s. 178.14(1)(a)(ii), the application should be to the trial judge. If not, the motion judge should simply make the order and refer the matter for editing (if necessary) and further disposition to the trial judge. The propriety of so doing is discussed in my reasons in *Garofoli*. It is to be hoped that this additional proceeding, which adds to the cost of litigation and serves no important purpose, will be eliminated by legislative amendment to enable the application in all cases to be made to the trial judge. No problem is presented in this case as the trial judge is a judge referred to in the section.

Clearly, there would be no need for subs. (1.3) if, as the respondent argued, only an accused target could have access to the sealed packet.

restreindre explicitement l'accès aux seules personnes qui avaient été accusées dans l'éventualité où il était en désaccord avec la possibilité évoquée dans *Dersch*, précité, qu'une cible non accusée puisse se voir permettre l'accès au contenu du paquet scellé. Or, il ne l'a pas fait.

Une seconde considération nous convainc du bien-fondé de notre conclusion. Comme nous l'avons expliqué, le sous-al. (1)(a)(ii) de l'ancienne version de l'art. 187 du *Code criminel* — source législative du pouvoir discrétionnaire du juge de permettre l'accès au contenu du paquet scellé — trouve son pendant au par. 187(1.3) de la nouvelle disposition. Or, le législateur y a ajouté le par. (1.4), qui devient à nos yeux la source législative du pouvoir discrétionnaire du juge de permettre l'accès au contenu du paquet scellé lorsque la demande provient d'une cible qui a été accusée. À ce paragraphe, le législateur a cru bon de suivre la recommandation formulée par notre Cour dans *Dersch*, précité, suivant laquelle il était préférable que, dans de telles circonstances, la demande soit présentée au juge du procès. La majorité s'exprimait ainsi (à la p. 1517):

La demande d'ouverture du paquet scellé doit être faite en conformité avec le sous-al. 178.14(1)(a)(ii). Dans certains cas, le juge désigné ne sera pas le juge du procès. Il serait préférable que la demande soit présentée au juge du procès et, lorsque le procès est présidé par un juge mentionné au sous-al. 178.14(1)(a)(ii), la demande devrait être présentée au juge du procès. Sinon, le juge des requêtes devrait simplement rendre une ordonnance renvoyant l'affaire au juge du procès pour révision des textes (le cas échéant) et autres directives. Le bien-fondé de cette démarche est analysé dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*. Il est à souhaiter que cette procédure supplémentaire, qui ajoute aux frais de justice et ne sert aucune fin importante, sera éliminée par une modification législative qui permettra que la demande soit, dans tous les cas, présentée au juge du procès. Il n'y a aucun problème en l'espèce car le juge du procès est un juge mentionné dans le sous-alinéa.

De toute évidence, le par. (1.3) n'aurait aucune utilité si, comme l'intimé le soutient, seule une cible qui a été accusée pouvait avoir accès au contenu du paquet scellé.

94

We therefore conclude that the legislation does not limit access to the sealed packet to accused targets according to the wording of either the former or the new provision. Deciding whether a non-accused target may be granted access to the sealed packet is therefore within the judicial discretion that Parliament has conferred on the judges who have jurisdiction to deal with this question. The issue of how this discretion should be exercised when the application is made by a non-accused target must now be addressed.

95

Any discretion conferred on the courts by statute must be exercised in accordance with the *Charter*. It is precisely for this reason that in *Dersch, supra*, this Court had to change the rules governing the exercise of discretion by a judge hearing an application by an accused target for access to the sealed packet. Like an accused target, a non-accused target has the right to be secure against unreasonable search or seizure guaranteed to everyone by s. 8 of the *Charter*. Unlike some other *Charter* rights and freedoms, s. 8 applies to everyone. In *Duarte, supra*, this Court found that the interception of an individual's private communications by an agency of the state constitutes a search or seizure under s. 8 of the *Charter*. After analyzing the scheme established by Parliament in the *Criminal Code*, however, this Court decided that an interception duly authorized under those provisions was not "unreasonable" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Furthermore, it was in light of these comments that this Court decided in *Dersch* that s. 8 of the *Charter*, if it was not to be hollow, had to be interpreted as allowing the accused in that case to have access to the sealed packet to determine whether the interception complied with the *Criminal Code* scheme and therefore with s. 8 of the *Charter*. This reasoning can and must apply to a non-accused target. The very wording of s. 8 of the *Charter* does not allow any distinction to be made. Thus, if the right to be secure against unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter* gives an accused target a constitutional right of access to the sealed packet, the same must be true for a non-accused target. The scope of the protection con-

Nous concluons donc que, tant en vertu du libellé de l'ancienne que de celui de la nouvelle disposition, la loi ne limite pas l'accès au contenu du paquet scellé aux seules cibles qui ont fait l'objet d'accusations. Décider si une cible qui n'a pas été accusée peut avoir accès au paquet scellé relève du pouvoir discrétionnaire que le législateur a conféré aux juges ayant juridiction pour traiter de cette question. Nous devons maintenant nous pencher sur la question de savoir de quelle manière ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé lorsque la demande est présentée par une cible qui n'a pas été accusée.

Tout pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux par la loi doit s'exercer en conformité avec la *Charte*. C'est précisément pour cette raison que, dans *Dersch*, précité, notre Cour a dû modifier les règles encadrant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi d'une demande d'accès au contenu du paquet scellé présentée par une cible qui a été accusée. Or, tout comme une cible qui a été accusée, la cible qui n'a pas été accusée bénéficie de la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que l'art. 8 de la *Charte* garantit à chacun. Contrairement à d'autres droits et libertés garantis par la *Charte*, l'art. 8 s'applique à tous et toutes. Dans l'arrêt *Duarte*, précité, notre Cour a déterminé que l'interception de communications privées d'un particulier par un agent de l'État constituait à son égard une fouille, perquisition ou saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, après avoir analysé le régime mis en place par le législateur au *Code criminel*, notre Cour a décidé qu'une interception dûment autorisée en vertu de ces dispositions n'était pas «abusive» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. C'est d'ailleurs à la lumière de ces propos que notre Cour, dans *Dersch*, a établi que l'art. 8 de la *Charte* devait, pour ne pas être vide de sens, être interprété comme conférant à l'accusé dans cette affaire l'accès au contenu du paquet scellé pour vérifier la conformité de l'interception au régime établi au *Code criminel* et, conséquemment, à l'art. 8 de la *Charte*. Ce raisonnement peut et doit s'appliquer à l'égard d'une cible qui n'a pas été accusée. Le texte même de l'art. 8 de la *Charte* ne permet aucune distinction. Par conséquent, si la protection contre les fouilles, les

ferred on everyone by s. 8 cannot, in this context, vary depending on whether the person who has that protection is or is not an accused.

Finally, it is difficult to impose on a non-accused person the onus of proving the existence of exceptional circumstances — *prima facie* proof that the interception was unlawful — in order to gain access to the sealed packet. In *Dersch, supra*, this Court decided that requiring such proof would deny an accused target his or her right of access, since discharging such a burden would, in practice, be impossible in the vast majority of cases (see pp. 1513-14). The same dilemma exists whether this right of access derives from s. 8 or from the right to test the admissibility of evidence adduced at trial — a component of the right to make full answer and defence. The reasoning is therefore applicable to the right of access arising from either s. 8 or a combination of ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and thus applies to the right of access of both accused and non-accused targets.

Accordingly, because of the constitutional imperatives imposed by s. 8 of the *Charter*, a judge to whom an application for access to the sealed packet is made can exercise his or her discretion judicially only by granting a non-accused target access to the packet, subject to the judge's power to edit the documents in question. Something should now be said about that power.

B. *Scope of a Non-Accused Target's Right of Access to the Sealed Packet*

The law respecting electronic surveillance is the setting for a clash of values that are easily identified and just as distinct: the individual right of citizens to privacy on the one hand and the public interest in the sound administration of justice and

perquisitions et les saisies abusives accordée par l'art. 8 de la *Charte* confère à une cible qui a été accusée le droit constitutionnel d'avoir accès au contenu du paquet scellé, il doit en être de même à l'égard d'une cible qui n'a pas été accusée. L'étendue de la protection accordée à tous par l'art. 8 ne peut fluctuer, dans le présent contexte selon que le bénéficiaire de cette protection est accusé ou n'est pas accusé.

Enfin, on peut difficilement imposer à une personne non accusée le fardeau d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles — une preuve *prima facie* que l'interception était illégale — pour qu'elle puisse avoir accès au contenu du paquet scellé. Dans *Dersch*, précité, notre Cour a décidé qu'exiger une telle preuve revenait à nier à une cible qui a été accusée son droit d'accès puisque satisfaire à un tel fardeau était en pratique impossible dans la grande majorité des cas (voir aux pp. 1513 et 1514). Or, que ce droit d'accès découle de l'art. 8 ou encore du droit de vérifier l'admissibilité des preuves présentées au procès — composante du droit à une défense pleine et entière —, l'impasse demeure. Le raisonnement est ainsi applicable tant au droit d'accès découlant de l'art. 8 qu'à celui découlant d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* et donc autant au droit d'accès d'une cible qui a été accusée qu'à celui d'une cible qui ne l'a pas été.

Donc, en raison des impératifs constitutionnels de l'art. 8 de la *Charte*, le juge saisi d'une demande d'accès au contenu du paquet scellé ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire judiciairement qu'en permettant l'accès au contenu du paquet scellé à une cible qui n'a pas été accusée, sous réserve de son pouvoir de révision, sur lequel il y a maintenant lieu de formuler quelques commentaires.

B. *L'étendue du droit d'accès d'une cible qui n'a pas été accusée au contenu du paquet scellé*

Le droit relatif à la surveillance électronique est le théâtre d'un conflit de valeurs bien identifiables et tout aussi distinctes: le droit individuel des justiciables à la vie privée, d'une part, et, de l'autre, l'intérêt du public dans la saine administration de

96

97

98

the effective suppression of crime on the other. In this regard, the right of access to the sealed packet is not absolute, even when considered from a constitutional perspective. This was recognized by this Court when it established that the right of access conferred on accused targets both by a combination of ss. 7 and 11(d) and by s. 8 of the *Charter* could be limited when it was in the public interest to do so. Thus, documents in the sealed packet can be edited in accordance with the criteria set out in *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (Ont. H.C.), at pp. 281-82, and approved in *Garofoli*, *supra*, at p. 1460, and with the procedure outlined in *Garofoli* at p. 1461 (see *Durette*, *supra*, at pp. 492-93).

la justice ainsi que dans la répression efficace de la criminalité. À cet égard, le droit à l'accès au contenu du paquet scellé, même dans sa dimension constitutionnelle, n'est pas absolu. Notre Cour l'a reconnu en établissant que le droit d'accès conféré aux cibles qui ont fait l'objet d'accusations, tant par une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) que de l'art. 8 de la *Charte*, pouvait être limité lorsque des considérations d'intérêt public le justifiaient. Ainsi, les documents contenus dans le paquet scellé peuvent être révisés suivant les critères énumérés dans *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (H.C. Ont.), aux pp. 281 et 282, et approuvés dans l'arrêt *Garofoli*, précité, à la p. 1460, et conformément à la procédure énoncée dans l'arrêt *Garofoli*, à la p. 1461 (voir *Durette*, précité, aux pp. 492 et 493).

99 A non-accused target's right of access to the sealed packet will be limited by the same policy considerations as that of an accused target. Since such considerations relate to public interests rather than the individual interests of a target seeking access to the sealed packet, they cannot logically vary depending on whether that target is or is not an accused. Since a non-accused target's right does not differ in any way from that of an accused target, the documents in the sealed packet may be edited in accordance with the procedure outlined in *Garofoli*. There is no reason why the procedure should be different depending on whether the applicant is or is not an accused.

Le droit d'accès d'une cible qui n'a pas été accusée au contenu du paquet scellé sera limité par les mêmes considérations d'ordre public que dans le cas d'une cible qui a été accusée. Comme ces considérations ont justement trait aux intérêts du public par opposition aux intérêts individuels d'une cible requérant l'accès au contenu du paquet scellé, elles ne pourront logiquement varier selon que la personne qui le demande est accusée ou ne l'est pas. Comme le droit de la cible non accusée ne diffère aucunement de celle qui a été accusée, les documents contenus dans le paquet scellé pourront être révisés suivant la procédure énoncée dans l'arrêt *Garofoli*. Il n'y a aucune raison que la procédure soit différente selon que le demandeur est accusé ou ne l'est pas.

100 Finally, it should be noted that we do not believe that a non-accused target's right of access to the sealed packet can be narrower in scope than that of an accused target. It was argued in this Court that the position of accused targets was different because of the importance of their constitutional right to make full answer and defence. Such an argument implies that the position of accused targets is viewed differently because their right of access to the sealed packet derives not only from s. 8 of the *Charter* but also from a combination of ss. 7 and 11(d). In other words, accused targets would have more rights in relation to the contents

Enfin, il y a lieu de souligner que nous ne croyons pas que l'étendue du droit d'accès au contenu du paquet scellé d'une cible qui n'a pas été accusée puisse être moindre que celle du droit d'accès d'une cible qui a été accusée. On a soutenu devant notre Cour que la situation de la cible qui a été accusée était différente en raison de l'importance de son droit constitutionnel à une défense pleine et entière. Un tel argument implique que l'on conçoive différemment la situation de la cible qui a été accusée en raison du fait que son droit d'accès au contenu du paquet scellé découle, en plus de l'art. 8 de la *Charte*, d'une combinaison de

of the sealed packet than non-accused targets and, consequently, a broader right of access.

However, such a view is contrary to the conclusion we reached earlier that the right of access is the same whether it derives from s. 8 or from ss. 7 and 11(d). In the former case, the right of access is a necessary component of the right to ensure the lawfulness of a search or seizure under s. 8, which in an electronic surveillance context means ensuring that the interception complies with the *Criminal Code* scheme. In the latter case, the right of access is a necessary component of an accused's right to ensure that the evidence adduced by the Crown at trial is admissible, which in an electronic surveillance context also means ensuring that the interception complies with the *Criminal Code* scheme.

The fact that one person has a right flowing from two constitutional provisions while for another person the same right flows from only one of those two provisions does not necessarily mean that the scope of the former's right is broader. We do not see why that would be the case here. On the contrary, it would seem that the right of access flowing from s. 8 of the *Charter* is in some respects broader, inasmuch as the right flowing from a combination of ss. 7 and 11(d) can entitle an accused to have access to the sealed packet only in relation to communications that the Crown will actually be adducing in evidence against the accused at trial.

C. Access to Tapes and Transcripts

In addition to seeking access to the sealed packet, the appellant is asking for copies of the recordings resulting from the wiretap. In this regard, the appellant seems to believe that the recordings would be in the sealed packet. How-

l'art. 7 et de l'al. 11d). En d'autres mots, la cible qui a été accusée aurait à l'égard du contenu du paquet scellé plus de droits que celle qui ne l'a pas été et, conséquemment, un droit d'accès plus étendu.

Cependant, une telle conception se heurte à la conclusion à laquelle nous sommes parvenus précédemment suivant laquelle le droit d'accès est le même qu'il découle de l'art. 8 ou de l'art. 7 et de l'al. 11d). Le droit d'accès constitue dans un cas une composante nécessaire du droit de s'assurer de la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie selon l'art. 8, ce qui revient, dans un contexte de surveillance électronique, à s'assurer de la conformité de l'interception au régime établi au *Code criminel*. Dans l'autre, le droit d'accès constitue une composante nécessaire du droit d'un accusé de s'assurer de l'admissibilité des preuves présentées au procès par le ministère public, ce qui revient aussi dans un contexte de surveillance électronique, à s'assurer de la conformité de l'interception au régime établi au *Code criminel*.

Or, qu'une personne bénéficie d'un droit découlant de deux dispositions constitutionnelles alors qu'une autre bénéficie du même droit découlant cependant à son égard de seulement l'une de ces deux dispositions n'altère pas nécessairement l'étendue de ce droit en faveur de la première. Nous ne voyons pas pourquoi ce serait le cas en l'espèce. Au contraire, il semblerait que le droit d'accès découlant de l'art. 8 de la *Charte* est en quelque sorte plus étendu, dans la mesure où le droit d'accès découlant d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) ne permet à un accusé d'avoir accès au contenu d'un paquet scellé que relativement aux communications que le ministère public introduira effectivement en preuve contre l'accusé au procès.

C. L'accès aux bandes magnétiques et aux notes sténographiques

En plus de rechercher l'accès au paquet scellé, l'appelant demande que lui soient remises des copies des enregistrements résultant de l'écoute électronique. À cet égard, l'appelant semble croire que les enregistrements font partie du paquet

101

102

103

ever, s. 187 of the *Criminal Code* clearly states that only “documents relating to an application made pursuant to any provision of this Part . . . shall be placed in a packet and sealed”; this does not include recordings made pursuant to the authorization. Access to the sealed packet therefore does not entail access to the recordings. Nevertheless, since submissions were made by both sides on the issue of access to the recordings, it is appropriate for us to rule on this aspect of the case once the consequences of allowing access to the sealed packet have been clarified.

1. Consequences of an Unlawful Authorization

104 Once access is granted and the packet is opened by the judge, a copy of its contents — the authorization and the edited affidavit — will be given to the target. The target will then have the necessary information to challenge the authorization’s validity. The target may, for example, seek leave from the judge to cross-examine the affiant on the affidavit. Such leave, which is discretionary, will be granted only if the applicant shows that he or she has “[a] basis . . . for the view that the cross-examination will elicit testimony tending to discredit the existence of one of the preconditions to the authorization, as for example the existence of reasonable and probable grounds”: *Garofoli, supra*, at p. 1465. See also *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490. The judge should then limit the cross-examination to questions designed to challenge the basis upon which the authorization was granted. Of course, the state — the respondent on the motion — will also have an opportunity to defend the authorization’s validity. This process is no different from the one applicable to an accused target.

105 If the authorization is declared invalid by the judge after the parties have been heard on the issue, the wiretap carried out pursuant to the authorization will be unlawful under the *Criminal Code*. It will also amount to an unreasonable search or seizure prohibited by s. 8 of the *Charter*, since it will not be authorized by law: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, and *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1153. Such a violation will give rise to a remedy under s. 24(1).

scellé. Or l’article 187 du *Code criminel* indique bien que seuls «les documents relatifs à une demande faite en application de la présente partie [. . .] sont placés dans un paquet scellé», ce qui n’inclut pas les enregistrements obtenus en vertu de l’autorisation. L’accès au paquet scellé n’emporte donc pas l’accès aux enregistrements. Néanmoins, puisque la question de l’accès aux enregistrements a fait l’objet de prétentions de part et d’autre, il est approprié que nous nous prononcions sur cet aspect du litige, après avoir précisé les conséquences de l’accès au paquet scellé.

1. Les conséquences d’une autorisation illégale

Une fois l’accès accordé et le paquet ouvert par le juge, une copie de son contenu — soit l’autorisation et l’affidavit révisé — sera remise à la cible. La cible aura alors en main l’information nécessaire pour contester la validité de l’autorisation. Elle pourra par exemple demander au juge la permission de contre-interroger l’auteur de l’affidavit. Une telle autorisation, de nature discrétionnaire, ne sera accordée que si le demandeur démontre qu’il a «des motifs de penser que le contre-interrogatoire apportera un témoignage tendant à réfuter la présence d’une des conditions préalables à l’autorisation, dont par exemple l’existence de motifs raisonnables et probables»: *Garofoli*, précité, à la p. 1465. Voir aussi *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490. Le juge devrait alors limiter le contre-interrogatoire aux seules questions permettant d’attaquer le fondement de l’autorisation. Évidemment, l’État, intimé dans la requête, aura aussi l’occasion de défendre le bien-fondé de l’autorisation. Ce processus ne se distingue aucunement de celui qui s’applique à une cible accusée.

Si, après le débat sur la question, l’autorisation est déclarée invalide par le juge, l’écoute électronique réalisée en vertu de l’autorisation sera par le fait même illégale aux termes du *Code criminel*. De plus, elle équivaudra à une fouille, une perquisition ou une saisie abusive interdite par l’art. 8 de la *Charte*, puisque non autorisée par la loi: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278, et *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, à la p. 1153. Cette violation donnera ouverture à une demande de réparation en vertu du par. 24(1).

In the case at bar, the appellant is seeking copies of the recordings. In his motion in the Superior Court for access to the sealed packet — the Superior Court's decision is the subject of this appeal — he sought those copies as a remedy for the alleged violation of his constitutional rights. Clearly, it would be premature to rule on whether such an order should be made. The appellant's motion is directed only at obtaining access to the documents needed to show that the wiretap of which he was the target infringed his constitutional rights. Since such an infringement has not yet been shown, the appellant is not entitled to any remedy at this stage of the proceedings.

We would nevertheless like to note that the general principle of confidentiality applicable to wiretaps ceases to take precedence when the state fails to meet the strict conditions that ensure the wiretap complies with the *Charter*, as set out by this Court in *Duarte*. In such circumstances, we feel that it would be appropriate and fair to grant access to the recordings either as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* for violation of the target's rights or to enable the target to prove the extent of the damage suffered in order to support an application for damages. Once the target shows to the court's satisfaction that the wiretap was unauthorized, he or she should be given access to any communications unlawfully intercepted by the state, by way of access to the recordings themselves, to transcripts or to any other equivalent source. Such access would, of course, be limited to conversations in which the target took part. Moreover, the state should be required to destroy any trace of such unlawful interceptions in its possession.

2. Access to Recordings to Determine the Lawfulness of the Wiretap

What happens if the court finds that the authorization fully complied with the provisions of the *Criminal Code* and that the appellant's arguments based on the contents of the sealed packet do not disclose any other cause of unlawfulness? The constitutionality of the wiretap could still be chal-

En l'espèce, l'appellant demande des copies des enregistrements. Dans sa requête d'accès au paquet scellé devant la Cour supérieure, dont la décision est en appel devant notre Cour, les copies des enregistrements étaient demandées en réparation de la prétendue violation des droits constitutionnels de l'appellant. De toute évidence, il serait prématuré de se prononcer sur l'opportunité d'une telle ordonnance. La requête de l'appellant ne vise que l'accès aux documents nécessaires pour établir que l'écoute électronique dont il a été la cible a porté atteinte à ses droits constitutionnels. Cette atteinte n'ayant pas encore été démontrée, aucune réparation n'est due à l'appellant à ce stade des procédures.

Nous tenons tout de même à préciser que le principe général de confidentialité applicable à l'écoute électronique n'a plus préséance lorsque l'État ne respecte pas les conditions strictes de l'écoute électronique qui la rendent conforme à la *Charte*, selon l'arrêt *Duarte* de notre Cour. Dans ces circonstances, nous considérons qu'il serait convenable et juste d'accorder l'accès aux enregistrements soit en réparation de la violation des droits de la cible, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, soit pour permettre à la cible de faire la preuve de l'étendue du préjudice subi en vue d'appuyer une demande de dommages-intérêts. Ayant démontré, à la satisfaction du tribunal, que l'écoute a été faite sans autorisation, la cible devrait avoir accès à toute communication illégalement interceptée par l'État, que ce soit par voie d'accès aux enregistrements eux-mêmes, à des transcriptions ou à toute autre source équivalente. Cet accès serait évidemment limité aux seules conversations auxquelles la cible aurait été partie. De plus, l'État devrait être tenu de détruire toute trace de ces interceptions illégales en sa possession.

2. L'accès aux enregistrements pour vérifier la légalité de l'écoute

Qu'en est-il si le tribunal juge que l'autorisation était en tout conforme aux dispositions du *Code criminel* et que les prétentions de l'appellant basées sur le contenu du paquet scellé ne dévoilent aucune autre cause d'illégalité? La constitutionnalité de l'écoute n'en demeurera pas moins vulnérable à

lenged on the ground that it failed to comply with the authorization that the court found to be valid and lawful. Such an interception would be unauthorized and would be just as unconstitutional as an interception made in accordance with an authorization that was later declared invalid. Full protection of the rights guaranteed by s. 8 of the *Charter* then requires a further examination of whether the wiretap complied with the authorization that the judge declared valid. It must now be determined what scope such an examination should have in order to allow the target to ascertain whether the wiretap was valid.

une contestation de sa conformité avec l'autorisation déclarée valide et légale par le tribunal. En effet, l'absence de conformité en ferait alors une interception non autorisée, tout aussi inconstitutionnelle que celle faite conformément à une autorisation subséquentement déclarée invalide. La pleine protection des droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* exige alors un examen additionnel de la conformité de l'écoute avec l'autorisation déclarée valide par le juge. Reste à déterminer la portée que devra avoir cet examen pour permettre à la cible de vérifier la validité de l'écoute.

109

In our view, once an authorization has been declared valid by the court, the rights guaranteed in s. 8 of the *Charter* will be adequately protected if the non-accused target is granted indirect access to the recordings. The strict confidentiality applicable to wiretaps requires that the courts be cautious and exercise restraint when the issue of going beyond the sealed packet arises. While access to the sealed packet is a relatively simple procedure involving only a few documents that may be edited by the court, access to recordings is an entirely different matter. A wiretap may result in dozens or even hundreds of hours of conversation recorded on a number of tapes. Moreover, the tapes may include conversations that did not involve the target, for example where the telephone in question was used by a number of people. The danger of violating the rights of third parties is clear. In such a context, if it can be determined whether the target's constitutional rights were respected without incurring the risks and difficulties associated with direct access to the recordings, it is entirely justified in limiting such access to the minimum necessary to meet the *Charter* requirements.

À notre avis, en présence d'une autorisation déclarée valide par le tribunal, les droits garantis à l'art. 8 de la *Charte* seront suffisamment sauvegardés si on accorde un accès indirect aux enregistrements à la cible qui n'a pas été accusée. La stricte confidentialité entourant l'écoute électronique exige que les tribunaux fassent preuve de prudence et de retenue lorsqu'il est question d'aller au-delà du paquet scellé. Alors que l'accès au contenu du paquet scellé est une procédure relativement simple qui n'implique que quelques documents qui peuvent être révisés par le tribunal, l'accès aux enregistrements est d'un tout autre ordre. En effet, une écoute électronique peut donner lieu à des dizaines, voire des centaines, d'heures de conversation enregistrées sur nombre de cassettes. De plus, les cassettes pourraient inclure des conversations n'impliquant pas la cible si, par exemple, le téléphone en question était utilisé par plusieurs personnes. Le danger d'empiéter sur les droits des tiers est manifeste. Dans ce contexte, si le respect des droits constitutionnels de la cible peut s'évaluer sans encourir les risques et les difficultés associés à l'accès direct aux enregistrements, il est tout à fait justifié de circonscrire cet accès au minimum nécessaire pour satisfaire aux exigences de la *Charte*.

110

The following procedure meets these criteria. The target may ask the court to determine the lawfulness of a wiretap carried out pursuant to a valid authorization. Although a higher threshold for review could be imposed, it would be difficult to justify given that it is impossible for the target to

La procédure suivante répond à ces critères. La cible peut demander que la légalité de l'écoute électronique effectuée en vertu d'une autorisation valide soit examinée par le tribunal. Bien qu'un seuil de révision plus élevé pourrait être imposé, il serait difficile à justifier étant donné l'impossibilité

know what electronic surveillance methods were used by the state.

The target must have the necessary information to determine whether the wiretap complied with the authorization. For this purpose, the respondent will have to file one or more affidavits prepared by individuals with personal knowledge of the circumstances surrounding the wiretap. The affidavits will have to be precise enough so that it can be determined whether each of the conditions set out in the authorization was met. The affiant can, of course, refer to certain relevant documents that will themselves be filed in support of the affidavit. A copy of the affidavits and related documents will be provided to the target.

Armed with this information, the target will be able to make submissions to show that the wiretap was not carried out in accordance with the authorization and that his or her rights were therefore violated. As when determining whether the authorization was lawful, as described above, the judge may grant the target leave to cross-examine the affiant or affiants if the conditions set out in *Garofoli* (with the necessary adaptations) are met. The cross-examination itself will have to be conducted in accordance with the criteria established in *Garofoli*. In exceptional cases, the judge may, at his or her discretion, order that the target be given direct access to the recordings, if that is the only possible way to determine the lawfulness of the wiretap. Thus, unless an exception is made, direct access to the recordings will not be granted to a target who is seeking to show the unlawfulness of a wiretap carried out pursuant to a valid authorization.

If the court declares after these submissions that the wiretap is unlawful because it did not comply with the authorization, the target may then be granted access to the recordings, as in the case of an unlawful authorization. Access will, of course, be limited to unlawful interceptions to which the target was a party.

In mapping out this procedure, we must address a practical aspect of wiretapping that does not

pour la cible de connaître les méthodes de surveillance électronique utilisées par l'État.

Pour permettre à la cible de vérifier la conformité de l'écoute avec l'autorisation, elle devra posséder les renseignements nécessaires. Pour ce faire, un ou plusieurs affidavits, préparés par les personnes ayant une connaissance personnelle des circonstances de l'écoute en question devront être déposés par l'intimé. Ces affidavits devront être suffisamment précis pour permettre de vérifier si chacune des conditions énumérées dans l'autorisation a été respectée. L'auteur de l'affidavit pourra évidemment faire référence à certains documents pertinents qui seront eux-mêmes déposés à l'appui de l'affidavit. Une copie de ces affidavits et des documents y afférents seront remis à la cible.

Armée de ces renseignements, la cible sera en mesure de contester la conformité de l'écoute avec l'autorisation et ainsi de faire valoir la violation de ses droits. Tout comme dans le cadre de la vérification de la légalité de l'autorisation, décrit ci-dessus, le juge pourra accorder la permission à la cible de contre-interroger le ou les auteurs des affidavits, si les conditions précisées dans l'arrêt *Garofoli* (avec les adaptations nécessaires) sont remplies. Le contre-interrogatoire lui-même devra se dérouler conformément aux critères établis dans l'arrêt *Garofoli*. Dans des cas exceptionnels, le juge pourra, à sa discrétion, ordonner l'accès direct de la cible aux enregistrements, si cela s'avère le seul moyen possible de vérifier la légalité de l'écoute. Ainsi, sauf exception, l'accès direct aux enregistrements n'est pas octroyé à la cible qui cherche à démontrer l'illégalité d'une écoute en présence d'une autorisation valide.

Si, après les plaidoiries, le tribunal déclare l'écoute illégale pour cause de non-conformité avec l'autorisation, l'accès aux enregistrements pourra alors être octroyé à la cible, tout comme dans le cas d'une autorisation illégale. Évidemment, l'accès se limitera aux seules interceptions illégales auxquelles la cible était partie.

L'élaboration de cette procédure nécessite que nous nous prononcions sur un aspect pratique de

111

112

113

114

seem to have been provided for by Parliament. There is no provision of general application in the *Criminal Code* stating by what means or for what length of time the recordings resulting from the wiretap are to be kept. There is therefore nothing to prevent the destruction of the recordings once an investigation is completed. (On the contrary, such destruction is required in the specific context of s. 184.1 of the *Criminal Code*.) Although destruction might be justified by the state's obligation of confidentiality in relation to intercepted communications, it could result in the state being immune from any challenge to the wiretap's validity. It would therefore be appropriate to provide that in the absence of any legislative provision in this regard, such recordings should be kept for a sufficient period of time after the notification is sent to the target to enable the target to challenge the wiretap. (See S. A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), at p. 209.) Of course, the duration of this reasonable period may be specified by Parliament following this judgment.

115

Moreover, a distinction should be drawn between access to recordings for the purpose of challenging the validity of a wiretap, which is assessed in the same manner whether the target is or is not an accused, and access deriving from the accused's right to make full answer and defence. That right is provided for in s. 189(5) of the *Criminal Code*, which states that the prosecution must give the accused notice that it intends to adduce the result of a wiretap in evidence, together with the following information:

- (a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting out full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given *viva voce*; and
- (b) a statement respecting the time, place and date of the private communication and the parties thereto, if known.

In addition to this statutory right, the prosecution may have broader disclosure obligations where an application for production is made by the accused based on *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

l'écoute électronique qui ne semble pas avoir été prévu par le législateur. En effet, on note l'absence de disposition d'application générale dans le *Code criminel* précisant le mode ou le temps de conservation des enregistrements résultant de l'écoute électronique. Rien donc ne vient empêcher la destruction de ces enregistrements à la clôture d'une enquête. (Au contraire, cette destruction est mandatée dans le contexte particulier de l'art. 184.1 du *Code criminel*.) Même si la destruction se justifierait au vu de l'obligation de confidentialité imposée à l'État pour les communications interceptées, un tel geste risquerait d'empêcher toute contestation de la validité de l'écoute électronique contre l'État. Il serait donc justifié de prévoir qu'en l'absence de disposition législative à cet égard, de tels enregistrements devraient être conservés pour une période de temps suffisante, après l'envoi de l'avis à la cible, pour permettre à celle-ci de contester l'écoute. (Voir, à ce sujet, S. A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), à la p. 209.) Évidemment, la durée de cette période raisonnable pourra être fixée par le législateur après notre jugement.

De plus, il y a lieu de distinguer entre l'accès aux enregistrements pour les fins d'une contestation de la validité de l'écoute électronique, qui est apprécié de la même façon qu'il s'agisse d'une cible accusée ou non accusée, et l'accès découlant du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Ce dernier est prévu au par. 189(5) du *Code criminel* qui précise que la poursuite doit aviser l'accusé qu'elle entend présenter en preuve le résultat d'une écoute électronique; cet avis doit être accompagné des détails suivants:

- a) d'une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera produite sous forme d'enregistrement, ou d'une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix;
- b) d'une déclaration relative à l'heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

En plus de ce droit légal, la poursuite pourrait avoir des obligations de divulgation plus étendues dans le cadre d'une demande de production de l'accusé basée sur *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3

This type of disclosure respects the accused's right to make full answer and defence, a right that obviously cannot be claimed by an accused or non-accused target challenging the lawfulness of a wiretap under s. 8 of the *Charter* in civil proceedings.

In the present case, the appellant is seeking both to gain access to the sealed packet and to obtain copies of the recordings made during the wiretap of which he was the target. However, access to the recordings is not necessary to prove that his s. 8 right was infringed, since such an infringement may result from the unlawfulness of the authorization itself, which can be determined by means of access to the sealed packet. The recordings do not come into play until after the authorization is declared valid, when the issue becomes whether the wiretap complied with the authorization. Even at that stage, however, a non-accused target will only rarely be given access to the recordings, since it is only through affidavits and relevant documents and by cross-examining the affiants that the target will obtain the information needed to challenge the wiretap's validity. With certain exceptions, therefore, the target will not be given access to the recordings to show that his or her constitutional rights were violated.

We do not wish to rule out completely the possibility of a target being given access to wiretap results where a violation of his or her rights has not been shown. However, only proof of serious harm to the target's interests could be the basis for such an application. In any event, it is not necessary for the purposes of this appeal to define in any greater detail the specific circumstances that would justify making such an access order.

We would also like to note that this appeal does not raise the issue of the rights of individuals involved in conversations with the target or of third parties who are neither accused persons nor targets whose communications have been intercepted but who have not been notified under s. 196 of the *Criminal Code*. Nothing we have said should be interpreted as addressing this issue.

R.C.S. 326. Ce genre de divulgation sert à respecter le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, droit auquel ne peut évidemment prétendre une cible accusée ou non accusée qui, dans le cadre de procédures civiles, attaque la légalité de l'écoute électronique en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

En l'espèce, l'appellant cherche à la fois l'accès au paquet scellé et la remise des copies des enregistrements obtenus durant l'écoute électronique dont il a été l'objet. Or, l'accès aux enregistrements n'est pas nécessaire pour prouver l'atteinte au droit garanti par l'art. 8 puisque celle-ci peut découler de l'illégalité de l'autorisation elle-même, vérifiable par voie d'accès au paquet scellé. Les enregistrements n'entrent en jeu qu'à la suite de la déclaration de validité de l'autorisation, lorsqu'il est question de vérifier la conformité de l'écoute avec l'autorisation. Même à ce stade, toutefois, la cible non accusée ne se verra qu'exceptionnellement accorder l'accès aux enregistrements puisque ce n'est que par l'entremise d'affidavits et de documents pertinents et de contre-interrogatoires des auteurs des affidavits qu'elle obtiendra les renseignements nécessaires pour contester la validité de l'écoute. Sauf exception, donc, la cible n'aura pas accès aux enregistrements pour démontrer la violation de ses droits constitutionnels.

Nous ne voudrions pas exclure absolument la possibilité que la cible puisse se voir accorder l'accès aux résultats d'une écoute électronique en l'absence d'une démonstration de la violation de ses droits. Toutefois, seule la preuve d'un préjudice sérieux aux intérêts de la cible pourrait fonder une telle demande. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire, pour les fins de ce pourvoi, de définir plus précisément les circonstances particulières qui justifieraient une telle ordonnance d'accès.

De plus, nous tenons à souligner que ce pourvoi ne soulève pas la question des droits des interlocuteurs de la cible ou d'un tiers non accusé et non ciblé dont la communication a été interceptée mais qui ne reçoit pas d'avis en vertu de l'art. 196 du *Code criminel*. Rien de ce qui précède ne devrait être interprété comme ayant trait à cette question.

116

117

118

119 Lastly, a few remarks should be made about the potential costs of the procedures outlined above. In general, it will be within the discretion of the judge hearing the motion to determine how the costs incurred by the respondent in preparing the documents requested by the court and the other costs relating to the proceedings should be divided between the parties. If the court concludes that the target's rights were indeed violated, however, it would be surprising for the target to be ordered to pay such costs. The same would not be true where the wiretap is found to be completely lawful and consistent with constitutional requirements.

D. *The Appellant's Standing*

120 Finally, the respondent argued in this Court that the settlement of the civil proceedings brought by the appellant had deprived him of the necessary standing to be granted access to the sealed packet. Since we do not know the substance and scope of the agreement entered into on September 30, 1994, we cannot decide this question. It would be more appropriate for it to be left to the discretion of the judge who will deal with the appellant's application for access.

III. Conclusion

121 We are of the opinion that the appeal should be allowed and the matter referred back to the trial court to be decided in accordance with these reasons.

The following are the reasons delivered by

122 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the benefit of my colleagues' reasons. I am in complete agreement with the Chief Justice and the conclusion he reaches. I only wish to add that the rationale underlying the minority opinions in *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, and *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, should also apply *a fortiori* to target who is not an accused.

Appeal allowed.

En dernier lieu, il convient de faire quelques remarques sur les frais que risquent d'entraîner les procédures établies ci-dessus. De façon générale, le juge entendant la requête déterminera à sa discrétion comment les frais engagés par l'intimé pour préparer les documents requis par le tribunal et les autres frais se rapportant aux procédures devront être répartis entre les parties au litige. Toutefois, si le tribunal conclut qu'il y a bel et bien eu violation des droits de la cible, il serait surprenant que celle-ci se voit imposer de tels frais. Il en sera autrement si l'écoute s'avère en tous points légale et conforme aux exigences constitutionnelles.

D. *L'intérêt de l'appelant*

Enfin, l'intimé a soutenu devant notre Cour que le règlement survenu à l'égard de la poursuite civile intentée par l'appelant l'avait dépourvu de l'intérêt nécessaire pour se voir autoriser l'accès au contenu du paquet scellé. Comme nous ignorons la substance et la portée de l'entente intervenue le 30 septembre 1994, nous ne pouvons nous prononcer sur cette question. Il serait plus approprié qu'elle soit laissée à la discrétion du juge qui sera appelé à traiter de la demande d'accès de l'appelant.

III. Conclusion

Nous sommes d'avis que l'appel devrait être accueilli et le dossier renvoyé en première instance pour que le litige soit tranché conformément aux présents motifs.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je suis tout à fait d'accord avec le Juge en chef et avec sa conclusion. Je désire seulement ajouter que le raisonnement qui sous-tend les opinions de la minorité dans les arrêts *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, et *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, devrait s'appliquer *a fortiori* à une cible qui n'est pas un accusé.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant: Desrosiers, Groulx, Turcotte, Latulippe, Marchand, Montréal.

Solicitor for the respondent: Stella Gabbino, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'appelant: Desrosiers, Groulx, Turcotte, Latulippe, Marchand, Montréal.

Procureur de l'intimé: Stella Gabbino, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

**Centre communautaire juridique de
l'Estrie Appellant**

v.

City of Sherbrooke Respondent

and

**Commission municipale du
Québec Respondent**

and

Attorney General of Quebec Respondent

**INDEXED AS: CENTRE COMMUNAUTAIRE JURIDIQUE DE
L'ESTRIE v. SHERBROOKE (CITY)**

File No.: 24425.

1996: April 29; 1996: September 12.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Municipal law — Taxation — Business tax — Exemption — Legal Aid Bureau — Whether Quebec municipal commission's decision refusing to grant a business tax exemption to legal aid bureau patently unreasonable — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 236.

The appellant, a regional legal aid corporation, requested a business tax exemption pursuant to s. 236 of the *Act respecting Municipal Taxation* ("AMT"). The Commission municipale du Québec (the "Commission") rendered two decisions. In the first, it granted a tax exemption for the appellant's administrative office, finding that the activity exercised in the premises fell under s. 236(7) *AMT*, since it was a management activity carried on without pecuniary gain for the purpose of helping economically underprivileged persons. In the second, the Commission refused an exemption for the portion of the appellant's premises occupied by the legal aid bureau because the services offered by the lawyers' bureau were professional services of a legal character and this activity was not included in any of the activities

**Centre communautaire juridique de
l'Estrie Appelant**

c.

Ville de Sherbrooke Intimée

et

Commission municipale du Québec Intimée

et

Procureur général du Québec Intimé

**RÉPERTORIÉ: CENTRE COMMUNAUTAIRE JURIDIQUE DE
L'ESTRIE c. SHERBROOKE (VILLE)**

N° du greffe: 24425.

1996: 29 avril; 1996: 12 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Taxation — Taxe d'affaires — Exemption — Bureau d'aide juridique — Le refus de la Commission municipale du Québec d'accorder l'exemption de taxe d'affaires au bureau d'aide juridique était-il une décision manifestement déraisonnable? — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 236.

L'appelant, une corporation régionale d'aide juridique, a demandé d'être exempté de la taxe d'affaires en vertu de l'art. 236 de la *Loi sur la fiscalité municipale* («*LFM*»). La Commission municipale du Québec (la «*Commission*») a rendu deux décisions. Dans la première, elle accordait l'exemption de taxe au bureau administratif de l'appelant, concluant que l'activité exercée dans les lieux en cause était visée au par. 236(7) *LFM*, puisqu'il s'agissait d'une activité administrative exercée dans un but non lucratif en vue de venir en aide aux personnes économiquement défavorisées. Dans la deuxième décision, la Commission a refusé l'exemption demandée à l'égard de la portion des locaux occupée par le bureau d'aide juridique, pour le motif que les services offerts par les avocats du bureau étaient des services

mentioned in s. 236(5), or in the category of management activities listed in s. 236(6) and (7). The appellant applied for judicial review of the second decision. The motion in evocation was granted, the Superior Court judge holding that the legal aid bureau should benefit from a tax exemption under s. 236(5) *AMT*, which provides an exemption for an activity carried on without pecuniary gain mainly for social purposes. The Court of Appeal allowed the appeal from this decision, on the ground that the Commission was protected by a privative clause and that its decision was not patently unreasonable.

Held: The appeal should be allowed.

Both the Superior Court and the Court of Appeal held that the Commission's decision should be reviewed using a standard of patent unreasonableness. This Court should decide this case on the same basis. An analysis of the legislative provisions upon which the Commission's decision was based indicates that its decision was patently unreasonable. It is thus unnecessary to consider whether a standard of review more restrictive on the powers of the Commission would be appropriate.

While an activity consisting of dispensing professional services is subject to a business tax pursuant to s. 232 *AMT*, it may also be subject to an exemption under s. 236. This section provides exemptions for certain activities based on the purpose for which they are carried on, rather than their kind or nature. In this case, the fact that the services are professional clearly cannot in itself exclude them from the scope of a social purpose nor does the fact that they are of a legal nature. The Commission recognized that the appellant's administrative office was eligible for the exemption provided for management activities in s. 236(7). The Commission should then have gone on to consider, as did the Superior Court, whether professional legal services for economically underprivileged persons are part of an activity carried on mainly for social purposes, and therefore whether they qualify for the exemption offered by para. (5). To hold that the services offered by the legal aid lawyers pursuant to the *Legal Aid Act* are not activities carried on for social purposes is untenable. The purpose of this Act as well as the purpose of legal aid bureaux established thereunder are mainly social in nature: the *Legal Aid Act* is intended to assist persons who are without sufficient financial means to exercise their rights and remedies. The fact that the legal services are dispensed

professionnels à caractère juridique, que cette activité n'était visée par aucune des activités mentionnées au par. 236(5) et qu'elle ne faisait pas partie de la catégorie des activités administratives énumérées aux par. 236(6) et (7). L'appelant a demandé le contrôle judiciaire de la deuxième décision. La requête en évocation a été accueillie, le juge de la Cour supérieure statuant que le bureau d'aide juridique avait droit à l'exemption de taxe d'affaires prévue au par. 236(5) *LFM*, qui exempte de la taxe les activités exercées dans un but non lucratif, principalement à des fins sociales. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé contre cette décision pour le motif que la Commission était protégée par une clause privative et que sa décision n'était pas manifestement déraisonnable.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Tant la Cour supérieure que la Cour d'appel ont statué que la décision de la Commission devait être contrôlée en fonction de la norme du caractère manifestement déraisonnable. Notre Cour devrait trancher le présent pourvoi sur le même fondement. Il ressort de l'analyse des dispositions législatives sur lesquelles repose la décision de la Commission que cette décision était manifestement déraisonnable. Il est donc inutile de se demander s'il convient d'appliquer une norme de contrôle plus restrictive aux pouvoirs de la Commission.

Bien qu'une activité consistant à offrir des services professionnels soit assujettie à la taxe d'affaires en vertu de l'art. 232 *LFM*, elle peut néanmoins profiter de l'exemption prévue à l'art. 236. Cet article établit, à l'égard de certaines activités, des exemptions fondées non pas sur le type ou la nature de ces activités mais plutôt sur la fin pour laquelle elles sont exercées. En l'espèce, le fait que les services en cause sont de nature professionnelle ne peut manifestement pas exclure en soi la possibilité qu'ils puissent être offerts à des fins sociales, pas plus d'ailleurs que le fait qu'il s'agit de services de nature juridique. La Commission a reconnu que le bureau administratif de l'appelant était admissible à l'exemption prévue au par. 236(7) à l'égard des activités administratives. Elle aurait alors dû se demander, comme l'a fait la Cour supérieure, si les services professionnels à caractère juridique offerts aux personnes économiquement défavorisées font partie d'une activité exercée principalement à des fins sociales, et si, en conséquence, ces services sont admissibles à l'exemption prévue au par. (5). On ne saurait soutenir que les services offerts par les avocats de l'aide juridique en vertu de la *Loi sur l'aide juridique* ne sont pas des activités exercées à des fins sociales. La *Loi sur l'aide juridique* et les bureaux d'aide juridique constitués sous son

by professionals (they could not be dispensed otherwise) does not belie the fact that these are non-profit activities exercised mainly for a social purpose and therefore fall clearly into s. 236(5). The social purpose of the activity is also reflected in more specific terms in s. 236(7), which encompasses assistance to socially or economically underprivileged or oppressed persons. Further, the nature of the activity itself is targeted towards assisting people in their relationship with society. The professional legal services offered by a legal aid bureau should be exempted from a municipal business tax. No other reasonable interpretation of s. 236(5) is possible, and the Commission's decision was therefore patently unreasonable.

Cases Cited

Referred to: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 232 [am. 1986, c. 34, s. 18], 236(5) [repl. 1987, c. 42, s. 12], (6) [*idem*], (7) [*idem*], 236.1 [*idem*].
Legal Aid Act, R.S.Q., c. A-14, ss. 1(c), 2 [repl. 1982, c. 36, s. 1], 22, 29, 32.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] Q.J. No. 737 (QL), J.E. 94-1521, reversing a judgment of the Superior Court rendered on September 28, 1990, which allowed a motion in evocation against a decision of the Commission municipale du Québec, [1989] C.M.Q. 306, refusing a business tax exemption. Appeal allowed.

Bruno Meloche and Francis Meloche, for the appellant.

régime servent principalement des fins sociales: cette loi a pour objet d'aider les personnes qui n'ont pas les moyens d'exercer leurs droits et recours. Le fait que les services juridiques sont offerts par des professionnels (ils ne pourraient l'être autrement) ne change rien au fait qu'ils sont des activités à but non lucratif exercées principalement à des fins sociales et qu'ils sont donc clairement visés au par. 236(5). En outre, la fin sociale visée par ces activités est exprimée de manière plus spécifique au par. 236(7), qui s'étend à l'aide apportée aux personnes socialement ou économiquement défavorisées ou aux personnes opprimées. Qui plus est, de par leur nature, les activités elles-mêmes visent à venir en aide aux individus, dans leurs rapports avec la société. Les services professionnels à caractère juridique offerts par les bureaux d'aide juridique doivent être exemptés de la taxe d'affaires municipale. Aucune autre interprétation raisonnable du par. 236(5) n'est possible, et la décision de la Commission était par conséquent manifestement déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

Lois et règlements cités

Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 232 [mod. 1986, ch. 34, art. 18], 236(5) [repl. 1987, ch. 42, art. 12], (6) [*idem*], (7) [*idem*], 236.1 [*idem*].
Loi sur l'aide juridique, L.R.Q., ch. A-14, art. 1(c), 2 [repl. 1982, ch. 36, art. 1], 22, 29, 32.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] A.Q. n° 737 (QL), J.E. 94-1521, infirmant le jugement de la Cour supérieure rendu le 28 septembre 1990, qui avait accueilli la requête en évocation présentée contre une décision de la Commission municipale du Québec, [1989] C.M.Q. 306, refusant l'exemption de taxe d'affaires demandée. Pourvoi accueilli.

Bruno Meloche et Francis Meloche, pour l'appellant.

Patrick Théroux, for the respondent the city of Sherbrooke.

Jean-Yves Bernard, for the respondent the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I — Introduction

The present appeal raises a discrete point of administrative law concerning a decision of the Commission municipale du Québec (the “Commission”) made in the exercise of its jurisdiction under the *Act respecting Municipal Taxation*, R.S.Q., c. F-2.1 (“*AMT*”). The appellant is a regional legal aid corporation established pursuant to s. 22 of the *Legal Aid Act*, R.S.Q., c. A-14, and offers legal aid services in the Eastern Townships region, pursuant to s. 29 of that Act. It rents office space in the respondent city of Sherbrooke, which is the location of its corporate seat; this office space houses the appellant’s regional administrative office as well as its legal aid bureau serving the Sherbrooke area. The office space occupied by the appellant was placed on the roll of rental values for the city of Sherbrooke and payment of a business tax was requested for the 1987 fiscal year. The city of Sherbrooke requested payment of the tax separately from the administrative office of the appellant and from the legal aid bureau.

On May 9, 1988, the appellant requested an exemption from this tax pursuant to ss. 236 and 236.1 *AMT*, on the grounds that the appellant’s activities were non-profit and were included within the terms of paras. (5), (6) or (7) of s. 236 *AMT*. These paragraphs allow for business tax exemptions for activities listed therein which are, generally speaking, activities carried on for non-profit purposes. Section 236.1 *AMT* states that the activity in question must be “recognized” by the Commission in order for the person carrying it on to be exempt from the business tax for the purposes of paras. (5) to (7) of s. 236 *AMT*. On March 23, 1989, the Commission rendered two separate deci-

Patrick Théroux, pour l’intimée la ville de Sherbrooke.

Jean-Yves Bernard, pour l’intimé le procureur général du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I — Introduction

Le présent pourvoi concerne un point particulier de droit administratif soulevé par une décision rendue par la Commission municipale du Québec (la «Commission») dans l’exercice de sa compétence en vertu de la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1 («*LFM*»). L’appelant, corporation régionale d’aide juridique constituée en vertu de l’art. 22 de la *Loi sur l’aide juridique*, L.R.Q., ch. A-14, offre des services d’aide juridique dans la région de l’Estrie, conformément à l’art. 29 de cette loi. Il loue des locaux à bureaux dans la ville de Sherbrooke, où se trouve son siège social. Ces locaux hébergent le bureau administratif régional de l’appelant ainsi que son bureau d’aide juridique, qui dessert la région de Sherbrooke. Les locaux occupés par l’appelant ont été inscrits au rôle de la valeur locative de la ville de Sherbrooke, qui a réclamé le paiement de la taxe d’affaires pour l’exercice 1987. La ville de Sherbrooke a présenté deux comptes de taxe d’affaires, l’un au bureau administratif de l’appelant et l’autre au bureau d’aide juridique.

Le 9 mai 1988, l’appelant a présenté une demande d’exemption de taxe d’affaires en vertu des art. 236 et 236.1 *LFM*, affirmant qu’il exerçait ses activités dans un but non lucratif et que ces activités étaient visées par le texte du par. 236(5), (6) ou (7) de cette loi. Ces paragraphes exemptent de la taxe d’affaires les activités qui y sont énumérées, de façon générale des activités exercées dans un but non lucratif. L’article 236.1 *LFM* précise que l’activité en question doit être «reconnue» par la Commission pour que la personne qui l’exerce puisse être exemptée de la taxe d’affaires en vertu des par. 236(5) à (7) de cette loi. Le 23 mars 1989, la Commission a rendu deux décisions distinctes

1

2

sions pursuant to this request: one granted a tax exemption for the administrative office and the second refused the exemption for the legal aid bureau. The appellant applied for judicial review of the second decision before the Superior Court, which was granted, the Superior Court judge holding that the legal aid bureau should also benefit from the tax exemption. The Court of Appeal allowed an appeal of this decision, on the ground that the Commission was protected by a privative clause and that the decision of the Commission was not patently unreasonable.

II — Relevant Statutory Provisions

³ The following sections of *An Act respecting Municipal Taxation* are reproduced in the version which was in force at the time that the request was originally presented to the Commission, on May 9, 1988:

232. A municipal corporation may impose and levy a business tax on any person entered on the roll of rental values carrying on, in the territory of the municipal corporation, an economic or administrative activity in matters of finance, trade, industry or services, a calling, an art, a profession or any other activity constituting a means of profit, gain or livelihood, whether or not the activity is carried on for lucrative purposes, except an employment or charge.

The tax is imposed for each place of business where such a person carries on such an activity.

The tax is based on the rental value of the place of business occupied for a purpose contemplated in the first paragraph.

A business tax imposed under the first paragraph for a particular municipal fiscal period remains imposed for subsequent municipal fiscal periods, until it is amended or repealed.

236. No business tax may be imposed with respect to

(5) an activity carried on without pecuniary gain, in an immovable used by the public, mainly for cultural, scientific, ecological, recreational, charitable, social or animal protection purposes;

relativement à la demande d'exemption de taxe: dans la première, elle accordait l'exemption au bureau administratif, alors que dans la deuxième elle la refusait au bureau d'aide juridique. L'appelant a présenté à la Cour supérieure une demande de contrôle judiciaire de la deuxième décision. La Cour supérieure a fait droit à cette demande, statuant que le bureau d'aide juridique devait lui aussi bénéficier de l'exemption de taxe d'affaires. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé contre cette décision, pour le motif que la Commission était protégée par une clause privative et que sa décision n'était pas manifestement déraisonnable.

II — Les dispositions législatives pertinentes

Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Loi sur la fiscalité municipale* qui étaient en vigueur à la date de la présentation de la demande à la Commission, le 9 mai 1988:

232. Une corporation municipale peut imposer et prélever une taxe d'affaires sur toute personne inscrite au rôle de la valeur locative qui exerce, dans le territoire de la corporation municipale, une activité économique ou administrative en matière de finance, de commerce, d'industrie ou de services, un métier, un art, une profession ou toute autre activité constituant un moyen de profit, de gain ou d'existence, que cette activité soit exercée à des fins lucratives ou non, sauf un emploi ou une charge.

La taxe est imposée pour chaque place d'affaires où une telle personne exerce une telle activité.

La taxe est basée sur la valeur locative de la place d'affaires occupée à une fin visée au premier alinéa.

Une taxe d'affaires imposée en vertu du premier alinéa pour un exercice financier municipal donné demeure imposée pour les exercices financiers municipaux subséquents, jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou abolie.

236. La taxe d'affaires ne peut être imposée à l'égard:

(5) de l'activité exercée dans un but non lucratif principalement à des fins culturelles, scientifiques, écologiques, récréatives, charitables, sociales ou de protection des animaux dans un immeuble à l'usage du public;

(6) a management activity related to the pursuit of an activity carried on, in accordance with paragraph 5, for cultural, scientific, ecological, recreational, charitable or animal protection purposes even if the management activity is carried on in a separate immovable that is or is not used by the public;

(7) a management activity related to an activity carried on without pecuniary gain mainly for the purpose of defending the interests or rights of a group of persons formed on the basis of language, ethnic or national origin, age or a handicap, of fighting a form of illegal discrimination or of helping socially or economically underprivileged or oppressed persons;

236.1 Subject to section 236.2, an activity carried on in a place of business must be recognized by the Commission, after consultation with the municipal corporation, to be exempt from the business tax pursuant to paragraphs 5 to 7 of section 236.

Sections 204.2, 209 and 209.1, adapted as required, apply to a recognition under the first paragraph.

III — Judgments Below

Commission municipale du Québec

The Commission handed down two decisions on March 23, 1989 in response to the request made by the appellant for a business tax exemption pursuant to ss. 236 and 236.1 *AMT*. In the first decision, with respect to the administrative office of the appellant, the Commission found that the activity exercised in the premises fell under s. 236(7): a management activity carried on without pecuniary gain for the purpose of helping economically underprivileged persons.

The second decision was made with respect to the portion of the premises of the appellant occupied by the legal aid bureau: [1989] C.M.Q. 306. The Commission found that the services offered by the lawyers of the legal aid bureau were professional services of a legal character. The Commission found that this activity was not covered by any of the activities mentioned in s. 236(5), nor in

(6) de l'activité administrative rattachée à la poursuite d'une activité exercée, conformément au paragraphe 5, à des fins culturelles, scientifiques, écologiques, récréatives, charitables ou de protection des animaux même si cette activité administrative est exercée dans un immeuble distinct à l'usage du public ou non;

(7) de l'activité administrative rattachée à une activité exercée dans un but non lucratif principalement en vue de la défense des intérêts ou des droits d'un groupe de personnes formé en raison de la langue, de l'origine ethnique ou nationale, de l'âge ou d'un handicap ou en vue de lutter contre une forme de discrimination illégale ou en vue de venir en aide à des personnes socialement ou économiquement défavorisées ou à des personnes opprimées;

236.1 Sous réserve de l'article 236.2, une activité exercée dans une place d'affaires doit être reconnue par la Commission, après consultation de la corporation municipale, pour être exemptée de la taxe d'affaires en vertu des paragraphes 5 à 7 de l'article 236.

Les articles 204.2, 209 et 209.1 s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à la reconnaissance prévue au premier alinéa.

III — Les décisions des juridictions inférieures

La Commission municipale du Québec

Le 23 mars 1989, la Commission a rendu deux décisions en réponse à la demande d'exemption de taxe d'affaires présentée par l'appelant en vertu des art. 236 et 236.1 *LFM*. Dans la première décision, celle concernant le bureau administratif de l'appelant, la Commission a conclu que l'activité exercée dans les lieux en cause était visée au par. 236(7): une activité administrative exercée dans un but non lucratif en vue de venir en aide aux personnes économiquement défavorisées.

La deuxième décision concernait la portion des locaux de l'appelant occupée par le bureau d'aide juridique: [1989] C.M.Q. 306. La Commission a statué que les services offerts par les avocats du bureau d'aide juridique étaient des services professionnels à caractère juridique. La Commission a conclu que cette activité n'était visée par aucune des activités mentionnées au par. 236(5) et qu'elle

the category of management activities listed in paras. (6) and (7) of s. 236. Therefore, the Commission held that the legal aid bureau was not entitled to a tax exemption.

Superior Court

6 The appellant brought a motion in evocation before Galipeau J. of the Superior Court in order to quash the second decision made by the Commission with respect to the legal aid bureau only. Galipeau J. agreed with the Commission that the professional activities of a legal character carried on by the legal aid bureau did not fall in the category of management activities covered by paras. (6) and (7) of s. 236. However, he held that the Commission committed an error in law in holding that the activities of the legal aid bureau were not covered by s. 236(5). Galipeau J. was of the opinion that these activities were included in activities carried out without pecuniary gain mainly for social purposes. The legal aid workers offered services to economically disadvantaged persons, and were assimilable to social workers, who clearly worked to further social ends. Galipeau J. said that the Commission's decision must be based on reasonable grounds, and held in this case that the decision was patently unreasonable, and should be reversed.

Court of Appeal, [1994] Q.J. No. 737

7 The Court of Appeal overturned the decision of Galipeau J. and restored the Commission's decision with respect to the legal aid bureau, delivering brief reasons. They held that the Commission was protected by a privative clause, and furthermore that its decision was not patently unreasonable, and that Galipeau J. therefore erred in substituting his own decision for that of the Commission.

IV — Issues

8 A preliminary issue to the judicial review of a decision of an administrative tribunal or board is

ne faisait pas partie de la catégorie des activités administratives énumérées aux par. 236(6) et (7). En conséquence, la Commission a statué que le bureau d'aide juridique n'avait pas droit à l'exemption de taxe.

La Cour supérieure

L'appelant a présenté une requête en évocation devant le juge Galipeau de la Cour supérieure en vue de faire casser la deuxième décision rendue par la Commission, celle concernant le bureau d'aide juridique seulement. Le juge Galipeau a souscrit à la conclusion de la Commission que les activités professionnelles à caractère juridique exercées par le bureau d'aide juridique ne relevaient pas de la catégorie des activités administratives visées aux par. 236(6) et (7). Cependant, il a statué que la Commission avait commis une erreur de droit en concluant que les activités exercées dans le bureau d'aide juridique n'étaient pas visées au par. 236(5). Le juge Galipeau a dit être d'avis que ces activités constituaient des activités exercées dans un but non lucratif, principalement à des fins sociales. Les employés de l'aide juridique, qui offrent des services aux personnes économiquement défavorisées, sont assimilables aux travailleurs sociaux, dont les activités sont clairement exercées à des fins sociales. Le juge Galipeau a affirmé que la décision de la Commission doit s'appuyer sur des motifs raisonnables, et il a statué que la décision de la Commission était manifestement déraisonnable et devait être infirmée.

La Cour d'appel, [1994] A.Q. n° 737

Dans de brefs motifs, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge Galipeau et rétabli celle de la Commission à l'égard du bureau d'aide juridique. Elle a statué que la Commission était protégée par une clause privative, que sa décision n'était pas manifestement déraisonnable et que le juge Galipeau avait, en conséquence, fait erreur en substituant sa propre décision à celle de la Commission.

IV — Les questions en litige

Le contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal administratif ou autre organisme analogue sou-

the standard of review applicable in the circumstances of the case. The courts below, applying a consistent line of decisions of the Court of Appeal of Quebec holding that the jurisdiction of the Commission is protected by a privative clause, held that the decision of the Commission should be reviewed using a standard of patent unreasonableness, according the highest amount of deference to the Commission. I am content to decide this case on the same basis. As I find for the reasons below that the decision of the Commission is patently unreasonable, it is unnecessary in this case to consider whether a standard of review more restrictive on the powers of the Commission would be appropriate. The following analysis, therefore, will focus on the reasonableness of the decision refusing to grant a business tax exemption to that portion of the office space rented by the appellant and occupied by its legal aid bureau.

V — Analysis

The standard of review of patent unreasonableness was first articulated by Dickson J., as he then was, in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. The question he asks in that case, at p. 237, is the following:

... was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

One of the factors which Dickson J. looked at in that case was whether the legislative provisions were ambiguous or whether they had an acknowledged "correct" interpretation. He found that the ambiguity of the provision in question was acknowledged and undoubted, and that it could not be said that the interpretation chosen by the Board was a patently unreasonable interpretation.

lève une question préliminaire, celle de la norme de contrôle applicable dans les circonstances de l'espèce. Les tribunaux d'instance inférieure, appliquant une jurisprudence constante de la Cour d'appel du Québec selon laquelle la compétence de la Commission est protégée par une clause privative, ont statué que la décision de la Commission devait être contrôlée en fonction de la norme du caractère manifestement déraisonnable, en faisant preuve de la plus grande retenue envers la Commission. Je suis d'avis de trancher le présent pourvoi sur le même fondement. Puisque je conclus, pour les motifs exposés plus loin, que la décision de la Commission est manifestement déraisonnable, il est inutile de se demander s'il convient d'appliquer aux pouvoirs de la Commission une norme de contrôle plus restrictive. En conséquence, l'analyse qui suit mettra l'accent sur la question du caractère raisonnable de la décision de refuser l'exemption de taxe d'affaires à l'égard de la partie des locaux loués par l'appelant qui est occupée par son bureau d'aide juridique.

V — Analyse

La norme de contrôle fondée sur le caractère manifestement déraisonnable de la décision visée a été énoncée pour la première fois par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Il avait alors posé la question suivante, à la p. 237:

... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

L'un des facteurs considérés par le juge Dickson dans cet arrêt était la question de savoir si les dispositions législatives étaient ambiguës ou s'il en existait une interprétation reconnue comme étant la «bonne» interprétation. Il a conclu que l'ambiguïté de la disposition en litige était reconnue et incontestable, et que l'on ne pouvait qualifier l'interprétation retenue par la Commission de manifestement déraisonnable.

11

Cory J. recently examined the standard of patent unreasonableness itself in some depth in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 963-64:

What Constitutes a "Patently Unreasonable" Decision?

It is said that it is difficult to know what "patently unreasonable" means. What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reasons. Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review. In the Shorter Oxford English Dictionary "patently", an adverb, is defined as "openly, evidently, clearly". "Unreasonable" is defined as "[n]ot having the faculty of reason; irrational Not acting in accordance with reason or good sense". Thus, based on the dictionary definition of the words "patently unreasonable", it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

In *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, La Forest J. (Dickson C.J. concurring) laid out the strict test of review, at p. 1003:

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function.

It is not enough that the decision of the Board is wrong in the eyes of the court; it must, in order to be patently unreasonable, be found by the court to be clearly irrational.

12

A decision of an administrative tribunal which is found by a court to be patently unreasonable warrants the intervention of that court. It is a very high standard which is required to be met. In the present case, the question which a reviewing court must

Le juge Cory a récemment examiné en profondeur la norme du caractère manifestement déraisonnable dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, aux pp. 963 et 964:

En quoi consiste une décision «manifestement déraisonnable»?

Le sens de l'expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère. Dans le Grand Larousse de la langue française, l'adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante: «Qui n'est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens». Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il appert que si la décision qu'a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n'est pas clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s'agit là d'un critère très strict.

Dans l'affaire *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, le juge La Forest (avec l'appui du juge en chef Dickson) a formulé le critère strict du contrôle, à la p. 1003:

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu'elle n'examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction.

Il ne suffit pas que la décision de la Commission soit erronée aux yeux de la cour de justice; pour qu'elle soit manifestement déraisonnable, cette cour doit la juger clairement irrationnelle.

Lorsqu'une cour de justice juge qu'une décision d'un tribunal administratif est manifestement déraisonnable, elle est alors justifiée d'intervenir. La norme de contrôle à satisfaire est très exigeante. En l'espèce, la question à laquelle doit répondre la

answer can be framed as follows: Was the decision of the Commission not to grant a tax exemption for the activities undertaken in the legal aid bureau patently unreasonable such that it is evidently not in accordance with reason or good sense?

I have stated in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1370, that in some cases the unreasonableness of a decision may be apparent without detailed examination of the record, while in others an in-depth analysis is required to determine the reasonable character of the decision. I believe the present appeal is an example of the former situation, and that the Commission's decision may be seen to be unreasonable following a brief analysis of the legislative provisions upon which the decision was based having regard to their context.

The relevant legislative provisions are ss. 232 and 236 *AMT*. Section 232 grants authority to a municipality to "impose and levy a business tax on any person entered on the roll of rental values" carrying on an economic or administrative "activity" in a number of areas, including in matters of finance, trade, industry or "services". Section 232 also provides that this authority to impose a business tax applies with respect to activities carried on both for lucrative and for non-lucrative purposes. Section 236 derogates from this general grant of authority, saying that no business tax may be imposed with respect to a certain number of activities which are listed in that section. The activities listed there include activities carried on by the Crown, by Crown mandataries and by various corporations of a public nature, such as municipalities, school boards, colleges and universities, and establishments providing health and social services, among others. Exemptions are also granted to religious institutions for certain purposes, regis-

cour siégeant en révision peut être formulée ainsi: La décision de la Commission de refuser d'accorder l'exemption de taxe relativement aux activités exercées dans le bureau d'aide juridique est-elle déraisonnable au point qu'elle est de toute évidence non conforme à la raison ou contraire au bon sens?

Dans *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, j'ai affirmé, à la p. 1370, que dans certains cas le caractère déraisonnable d'une décision peut ressortir sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier, alors que dans d'autres une analyse en profondeur de la décision sera nécessaire pour déterminer si elle est raisonnable. J'estime que le présent pourvoi est un exemple du premier cas, et qu'une brève analyse des dispositions législatives sur lesquelles elle est fondée, tenant compte du contexte de ces dispositions, permet de faire ressortir le caractère déraisonnable de la décision de la Commission.

Les dispositions législatives pertinentes sont les art. 232 à 236 *LFM*. L'article 232 accorde à une corporation municipale le pouvoir d'«imposer et de prélever une taxe d'affaires sur toute personne inscrite au rôle de la valeur locative» qui exerce une «activité» économique ou administrative dans certains domaines, y compris en matière de finance, de commerce, d'industrie ou de «services». L'article 232 prévoit également que la taxe d'affaires peut être imposée tant à l'égard d'activités exercées dans un but lucratif que d'activités exercées dans un but non lucratif. L'article 236 atténue ce pouvoir général, précisant que la taxe d'affaires ne peut être imposée à l'égard de certaines activités, qui sont énumérées dans cette disposition. Parmi ces activités, mentionnons celles exercées par la Couronne, par ses mandataires et par diverses corporations de nature publique, notamment des municipalités, des conseils scolaires, des collèges et universités et des établissements de services de santé et de services sociaux. Des exemptions sont également accordées aux institutions religieuses, pour la poursuite de certains objets, aux organismes de charité enregistrés, aux

13

14

tered charities, non-profit cemeteries, agricultural exhibitions, and farms.

15

Business tax exemptions are also granted, pursuant to paras. (5), (6) and (7) of s. 236, for activities carried on without pecuniary gain for cultural, scientific, ecological, recreational, charitable, social or animal protection purposes, and for management activities related to these activities. I will discuss the particularities of these paragraphs below. For now, it is important to note, firstly, that an activity is exempted from a business tax under these three paragraphs only after that activity has been recognized by the Commission as eligible for the exemption, pursuant to s. 236.1. The Commission must decide whether a particular activity is included within the list of activities mentioned in paras. (5) to (7).

16

Secondly, persons requesting a business tax exemption under the other paragraphs of s. 236 are not required to obtain recognition of the Commission for that exemption. The exempted activities listed in those other sections are objectively identifiable as such because of the legal character or status of the person undertaking the activities. That is, Crown mandataries, colleges and universities, religious institutions, or registered charities are all identifiable as such by their nature or because their status is granted by law. The exemptions listed in paras. (5) to (7), however, are more generally worded, and some exercise of discretion is required to determine, for example, whether an activity is carried on mainly for cultural, scientific, or ecological purposes. This being said, the determination of whether an activity is eligible for a business tax exemption is not left up to the total discretion of the Commission. If an activity falls into the list of activities contained in paras. (5) to (7), then no business tax may be imposed. The opening line of s. 236 does not allow for any ambiguity. That section removes completely the jurisdiction of a municipality to impose a business tax on the activities listed therein.

cimetières exploités dans un but non lucratif, aux expositions agricoles et aux fermes.

Des exemptions de taxe d'affaires sont également accordées, en vertu des par. 236(5), (6) et (7), à l'égard d'activités exercées dans un but non lucratif à des fins culturelles, scientifiques, écologiques, récréatives, charitables, sociales ou de protection des animaux, ainsi qu'à l'égard d'activités administratives connexes à ces activités. Je vais examiner les particularités de ces paragraphes plus loin. Pour l'instant, il importe de souligner les points suivants. Premièrement, une activité n'est exemptée de la taxe d'affaires en vertu de ces trois paragraphes qu'une fois que la Commission a reconnu, conformément à l'art. 236.1, que l'activité en question est admissible à l'exemption. La Commission doit décider si une activité particulière fait partie de la liste des activités énumérées aux par. (5) à (7).

Deuxièmement, les personnes qui sollicitent l'exemption de taxe d'affaires en vertu des autres paragraphes de l'art. 236 n'ont pas à faire reconnaître leurs activités par la Commission. Les activités exemptées qui sont énumérées dans ces autres dispositions sont objectivement identifiables comme telles de par le caractère ou le statut juridique de la personne qui les exerce. En effet, les mandataires de la Couronne, les collèges et universités, les institutions religieuses ou les organismes enregistrés de charité sont tous identifiables en raison de leur nature ou du statut que la loi leur confère. Toutefois, les exemptions prévues aux par. (5) à (7) sont formulées en termes plus généraux et requièrent l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire pour déterminer, par exemple, si une activité est exercée principalement à des fins culturelles, scientifiques ou écologiques. Cela dit, la Commission n'a pas entière discrétion pour déterminer si une activité est admissible à l'exemption de taxe d'affaires. En effet, si une activité fait partie de la liste des activités énumérées aux par. (5) à (7), elle ne peut alors être assujettie à aucune taxe d'affaires. Les premiers mots de l'art. 236 n'admettent aucune ambiguïté. Cet article retire complètement aux municipalités le pouvoir d'assujettir les activités énumérées à la taxe d'affaires.

And thirdly, there is no limitation in the wording of s. 236 which indicates that the activities exempted from a business tax under that section are generically more specific than the activities subject to that tax under s. 232. The respondent city of Sherbrooke correctly points out that, under s. 232, a business tax may be imposed regardless of whether an activity is carried on for pecuniary gain or not. The respondent then goes on to say that professional legal services are therefore taxable whether or not they are carried on for pecuniary gain. The respondent ignores the s. 236 exemption, as if it did not apply at all to professional legal services. The respondent may be implying that, in so far as they are professional services, these activities are not subject to the exemption provided by s. 236. If this is the meaning of the respondent's argument, I would disagree with this distinction. Section 232 explicitly applies to an economic or administrative activity in matters of services or a profession. Section 236 provides exemptions for certain activities based on the purpose for which they are carried on. These exemptions are not based on their kind or their nature. There is no basis on which to argue that the kinds of activities which are exempted are in any way generically more specific than the kinds of activities which may be subject to taxation. Thus, professional legal services may be subject to the s. 236 exemption if they fall within the list of activities which are enumerated therein defined in terms of the purposes for which they are carried on.

As I mentioned above, the Commission is required to determine whether a certain activity falls within the exemptions provided in paras. (5) to (7) of s. 236. A closer look at these three paragraphs is warranted. Paragraph (5) provides an exemption for an activity carried on without pecuniary gain mainly for cultural, scientific, ecological, recreational, charitable, social or animal protection purposes. Paragraph (6) provides an

Enfin, troisièmement, le texte de l'art. 236 ne renferme aucune restriction indiquant que les activités exemptées de la taxe d'affaires en vertu de cette disposition ont un caractère plus spécifique que les activités assujetties à la taxe en vertu de l'art. 232. La ville de Sherbrooke intimée a raison d'affirmer que, en vertu de l'art. 232, il est possible d'imposer la taxe d'affaires, indépendamment du fait que l'activité en cause est exercée dans un but lucratif ou non. Elle poursuit en disant que les services professionnels à caractère juridique sont en conséquence imposables, qu'ils soient exercés ou non dans un but lucratif. L'intimée fait abstraction de l'exemption prévue à l'art. 236, comme si cette exemption ne s'appliquait pas du tout aux services professionnels à caractère juridique. Peut-être l'intimée sous-entend-elle que, dans la mesure où ces activités sont des services professionnels, elles ne sont pas visées par l'exemption prévue à l'art. 236. Si tel est le sens de l'argument de l'intimée, je ne suis pas d'accord avec cette distinction. L'article 232 s'applique explicitement aux activités économiques ou administratives exécutées dans le cadre de la prestation de services ou de l'exercice d'une profession. L'article 236 établit, à l'égard de certaines activités, des exemptions fondées sur la fin pour laquelle ces activités sont exercées. Ces exemptions ne dépendent pas du type ou de la nature de l'activité. Rien ne permet d'affirmer que les activités exemptées ont, d'une façon ou d'une autre, un caractère plus spécifique que celles pouvant être assujetties à la taxe. En conséquence, les services professionnels à caractère juridique peuvent donner ouverture à l'exemption prévue à l'art. 236 s'ils font partie de la liste des activités qui y sont énumérées et qui sont définies en fonction de la fin pour laquelle elles sont exercées.

Comme je l'ai dit plus tôt, la Commission doit décider si une activité donnée est visée par les exemptions prévues aux par. 236(5) à (7). Un examen plus approfondi de ces trois paragraphes s'impose. Le paragraphe (5) établit une exemption à l'égard des activités exercées dans un but non lucratif principalement à des fins culturelles, scientifiques, écologiques, récréatives, charitables, sociales ou de protection des animaux. Aux termes

exemption for a management activity related to an activity carried in accordance with para. (5) for cultural, scientific, ecological, recreational, charitable or animal protection purposes. Paragraph (6) then ensures that management activities which are related to the activities set out in para. (5) are also exempted from any municipal business tax.

19 However, the list of purposes in para. (5) is not reproduced fully in para. (6): social purposes has been left out of the latter list setting out the exemptions for management activities. The category of social purposes is picked up in para. (7), which provides an exemption for a management activity related to an activity carried on without pecuniary gain mainly for the purpose of defending the interests or rights of a group of persons formed on the basis of language, ethnic or national origin, age or a handicap, of fighting a form of illegal discrimination or of helping socially or economically underprivileged or oppressed persons.

20 There is an evident logic in setting out the three paragraphs as the legislator has done. In my view, the intention was to provide an exemption from any municipal business tax for the activities listed in para. (5), and also to provide an exemption for management activities related to those activities. The exemption for management activities has been split into two paragraphs: para. (6) reproduces for the most part the list found in para. (5), and para. (7) particularizes the concept of "social purposes". Therefore, although para. (7) may not directly come into play in the present case, it is certainly useful as an aid in interpreting what is meant by the category of "social purposes" which is included in para. (5).

21 The other legislation which is relevant to the determination of this case is the *Legal Aid Act*. The object of the decision which is the object of the present appeal is a legal aid bureau, established pursuant to s. 32 of that Act. The function of a legal aid bureau is to dispense legal services free

du par. (6), sont exemptées les activités administratives rattachées à la poursuite d'une activité qui est exercée, conformément au par. (5), à des fins culturelles, scientifiques, écologiques, récréatives, charitables ou de protection des animaux. Dans un tel cas, le par. (6) fait en sorte que les activités administratives rattachées aux activités énoncées au par. (5) sont également exemptées de toute taxe d'affaires municipale.

Cependant, la liste des fins énumérées au par. (5) n'est pas reproduite au complet au par. (6); en effet, il n'est pas fait mention des fins sociales dans la liste des activités administratives exemptées figurant dans ce dernier paragraphe. La catégorie des fins sociales est reprise au par. (7), qui crée une exemption pour les activités administratives rattachées à une activité exercée dans un but non lucratif principalement en vue de la défense des intérêts ou des droits d'un groupe de personnes formé en raison de la langue, de l'origine ethnique ou nationale, de l'âge ou d'un handicap ou en vue de lutter contre une forme de discrimination illégale ou en vue de venir en aide à des personnes socialement ou économiquement défavorisées ou à des personnes opprimées.

La façon dont le législateur a organisé ces trois paragraphes témoigne d'une logique évidente. À mon avis, son intention est d'exempter de toute taxe d'affaires municipale les activités énumérées au par. (5) ainsi que les activités administratives rattachées à ces activités. L'exemption applicable aux activités administratives est énoncée dans deux paragraphes: le par. (6) reproduit la majeure partie de la liste figurant au par. (5), et le par. (7) particularise le concept de «fins sociales». En conséquence, même si le par. (7) n'entre peut-être pas directement en jeu en l'espèce, il est certainement utile pour interpréter le sens de la catégorie des «fins sociales» mentionnée au par. (5).

La *Loi sur l'aide juridique* est l'autre texte de loi utile pour trancher le présent pourvoi. L'objet de la décision visée par le présent pourvoi est un bureau d'aide juridique, constitué en vertu de l'art. 32 de cette loi. Les bureaux d'aide juridique ont pour fonction d'offrir, gratuitement ou à faible

of charge or at low cost to eligible persons who fall within its mandate. Criteria of eligibility are based on the income of the persons seeking legal assistance. The purposes of a legal aid bureau are set out in the *Legal Aid Act*. The very definition of "legal aid" in s. 1(c) is instructive as to the purposes of the Act:

"legal aid": every benefit granted under this act to an economically underprivileged person to facilitate access to the courts, professional services of an advocate or a notary and necessary information concerning his rights and obligations;

And an "economically underprivileged person" is defined at s. 2 to mean any person who lacks sufficient financial means to assert a right, obtain legal counsel or retain the services of an advocate or a notary without depriving himself of necessary means of subsistence.

With this legislative scheme in mind, let us now consider the two decisions made by the Commission. With respect to the administrative office, the Commission characterized the activity undertaken there as an administrative activity of a legal aid corporation offering the services of lawyers and notaries to economically underprivileged persons. This activity fulfils all the conditions of s. 236(7) *AMT*, and the Commission recognized its eligibility for a business tax exemption.

With respect to the legal aid bureau, the Commission pointed out that an economically underprivileged person, after being granted legal aid by the appellant, is then referred either to a lawyer employed by the legal aid bureau or to a lawyer in private practice. The services offered by lawyers are professional services. The activity in question offered by the legal aid bureau is a professional activity of a legal character. The Commission concluded from this that the activity in question does not fall within the categories listed in any of paras. (5), (6) or (7) of s. 236 *AMT*.

As I pointed out above, to say simply that the services in question are professional services of a

coût, des services juridiques aux personnes y ayant droit. Les critères d'admissibilité sont fondés sur le revenu des personnes qui demandent l'aide juridique. La *Loi sur l'aide juridique* énonce le rôle des bureaux d'aide juridique. La définition même d'«aide juridique» à l'al. 1c) est révélatrice des objets visés par cette loi:

«aide juridique»: tout avantage accordé en vertu de la présente loi à une personne économiquement défavorisée, ayant pour objet de lui faciliter l'accès aux tribunaux, aux services professionnels d'un avocat ou d'un notaire et à l'information nécessaire sur ses droits et obligations;

L'expression «personne économiquement défavorisée» est définie à l'art. 2 comme étant une personne qui n'a pas les moyens d'exercer un droit, d'obtenir des conseils juridiques ou de retenir les services d'un avocat ou d'un notaire sans se priver de moyens nécessaires de subsistance.

Compte tenu de ce cadre législatif, examinons maintenant les deux décisions prises par la Commission. Relativement au bureau administratif, la Commission a qualifié l'activité exercée d'activité administrative d'une corporation d'aide juridique offrant les services d'avocats et de notaires aux personnes économiquement défavorisées. Cette activité remplit toutes les conditions prévues au par. 236(7) *LFM*, et la Commission a reconnu qu'elle donnait droit à l'exemption de taxe d'affaires.

Pour ce qui est du bureau d'aide juridique, la Commission a souligné que les personnes économiquement défavorisées auxquelles l'appelante accorde de l'aide juridique sont ensuite référées soit à un avocat travaillant pour le bureau d'aide juridique soit à un avocat de pratique privée. Les services offerts par les avocats sont des services professionnels. L'activité en cause exercée par le bureau d'aide juridique est une activité professionnelle à caractère juridique. La Commission a conclu de ce qui précède que l'activité en question n'entrait dans aucune des catégories mentionnées au par. 236(5), (6) ou (7) *LFM*.

Comme je l'ai indiqué précédemment, dire simplement que les services en question sont des ser-

22

23

24

25

legal character does not address the issue. An activity consisting of dispensing professional services is indeed subject to a business tax pursuant to s. 232 *AMT*, but it may also be subject to an exemption offered in s. 236. The fact that the services are professional clearly cannot in itself exclude them from the scope of a social purpose nor does the fact that they are of a legal nature. The Commission recognized that the regional administrative office was eligible for the exemption provided for management activities in s. 236(7). The Commission should then have gone on to consider whether professional legal services for economically underprivileged persons are part of an activity carried on mainly for social purposes, and therefore whether they qualify for the exemption offered by para. (5).

26

This is exactly the exercise which was undertaken by the Superior Court judge, reviewing the Commission's decision. Galipeau J. set out the activities of the legal aid lawyers as follows: (1) they give out free information on people's rights and obligations; (2) they provide legal consultation to eligible persons; (3) they offer their professional services to eligible persons; (4) they refer eligible persons to a lawyer in private practice if that is their choice; (5) they become socially involved in the community, participating in various social information and education activities. Galipeau J. concluded that such services, offered by the legal aid lawyers to economically underprivileged persons in order to facilitate their access to courts, to professional legal services and to information concerning their rights and obligations, are necessarily social in nature.

27

I am in complete agreement with the Superior Court judge on this question. To hold that such services as described by Galipeau J. offered pursuant to the *Legal Aid Act* are not an activity carried on

vices professionnels à caractère juridique ne règle pas la question. En effet, bien qu'une activité consistant à offrir des services professionnels soit effectivement assujettie à la taxe d'affaires en vertu de l'art. 232 *LFM*, elle peut néanmoins profiter de l'exemption prévue à l'art. 236. Le fait que les services en cause sont de nature professionnelle ne peut manifestement pas exclure en soi la possibilité qu'ils puissent être offerts à des fins sociales, pas plus d'ailleurs que le fait qu'il s'agisse de services de nature juridique. La Commission a reconnu que le bureau administratif régional était admissible à l'exemption prévue au par. 236(7) à l'égard des activités administratives. Elle aurait alors dû se demander si les services professionnels à caractère juridique offerts aux personnes économiquement défavorisées font partie d'une activité exercée principalement à des fins sociales, et si, en conséquence, ces services sont admissibles à l'exemption prévue au par. (5).

Voilà exactement l'examen qu'a fait le juge de la Cour supérieure qui a contrôlé la décision de la Commission. Le juge Galipeau a décrit ainsi les activités des avocats de l'aide juridique: (1) ils fournissent gratuitement aux personnes qui les consultent des renseignements sur leurs droits et leurs obligations; (2) ils donnent des consultations juridiques aux personnes admissibles; (3) ils fournissent leurs services professionnels aux personnes admissibles; (4) ils dirigent vers un avocat de pratique privée les personnes admissibles qui choisissent d'être représentées par un tel avocat; (5) ils s'engagent socialement dans le milieu en participant à de nombreuses activités d'information et d'éducation sociales. Le juge Galipeau a conclu que sont obligatoirement de nature sociale les services offerts par les avocats de l'aide juridique aux personnes économiquement défavorisées dans le but de leur faciliter l'accès aux tribunaux, à des services professionnels à caractère juridique et à l'information nécessaire sur leurs droits et obligations.

Je suis tout à fait d'accord avec le juge de la Cour supérieure sur cette question. On ne saurait soutenir que les services décrits par le juge Galipeau et qui sont offerts en vertu de la *Loi sur*

for social purposes is untenable. The purpose of the *Legal Aid Act* as well as the purpose of legal aid bureaux established thereunder are mainly social in nature: the Act is intended to assist persons who are without sufficient financial means to exercise their rights and remedies. The fact that the legal services are dispensed by professionals (indeed, they could not be dispensed otherwise) does not belie the fact that these are non-profit activities exercised mainly for a social purpose and therefore fall clearly into s. 236(5).

The social purpose of the activity is also reflected in more specific terms in s. 236(7) which encompasses assistance to socially or economically underprivileged or oppressed persons. This is not the only characteristic, however, which indicates that the activity is carried on for social purposes. The nature of the activity itself is targeted towards assisting people in their relationship with society. The activity is not purely private in nature, but relates to the relationships of individuals within the public sphere and to the relationships of individuals with the government at all levels. The professional legal services offered by the legal aid bureau are offered to people in need, specifically to economically underprivileged persons, as defined by the *Legal Aid Act*. The services are meant to assist eligible persons in exercising their legal rights and remedies, and therefore are inherently public in nature as they allow these persons to participate in society as legal actors. And the very fact that these services are funded out of the public purse is proof of a recognition by society that legal services are important to the social well-being of the community. Therefore, I conclude, as did Galipeau J., that professional legal services offered by a legal aid bureau are carried on mainly for social purposes, and should be exempted from a municipal business tax pursuant to s. 236(5).

l'aide juridique ne constituent pas une activité exercée à des fins sociales. La *Loi sur l'aide juridique* et les bureaux d'aide juridique constitués sous son régime servent principalement des fins sociales: cette loi a pour objet d'aider les personnes qui n'ont pas les moyens d'exercer leurs droits et recours. Le fait que les services juridiques sont offerts par des professionnels (de fait, ils ne pourraient l'être autrement) ne change rien au fait qu'ils sont des activités à but non lucratif exercées principalement à des fins sociales et qu'ils sont donc clairement visés au par. 236(5).

En outre, la fin sociale visée par ces activités est exprimée de manière plus spécifique au par. 236(7), qui s'étend à l'aide apportée aux personnes socialement ou économiquement défavorisées ou aux personnes opprimées. Cependant, il ne s'agit pas de la seule caractéristique indiquant que ces activités sont exercées à des fins sociales. De par leur nature, les activités elles-mêmes visent à venir en aide aux individus, dans leurs rapports avec la société. Les activités ne sont pas de nature purement privée, mais elles se rattachent aux rapports qu'entretiennent les individus dans la vie publique et avec tous les ordres de gouvernement. Les services professionnels à caractère juridique offerts par les bureaux d'aide juridique sont dispensés à des gens dans le besoin, plus particulièrement aux personnes économiquement défavorisées au sens de la *Loi sur l'aide juridique*. Ces services ont pour but d'aider les personnes admissibles à exercer les droits et les recours que leur offre la loi, et ils ont en conséquence un caractère intrinsèquement public, puisqu'ils permettent à ces personnes de participer à la société en tant que sujets de droit. De plus, le fait que ces services sont financés sur les deniers publics est une preuve que la société reconnaît que les services juridiques sont importants pour le bien-être social de la collectivité. Je conclus donc, à l'instar du juge Galipeau, que les services professionnels à caractère juridique offerts par les bureaux d'aide juridique sont dispensés principalement à des fins sociales, et qu'ils doivent être exemptés de la taxe d'affaires municipale en vertu du par. 236(5).

29 The fact that a legal aid bureau necessarily falls within the ambit of s. 236(5) is a conclusion which flows directly from both the *Act respecting Municipal Taxation* and the *Legal Aid Act*. I believe that no other reasonable interpretation of s. 236(5) is possible, and therefore that the decision of the Commission was patently unreasonable.

VI — Conclusion

30 I conclude, therefore, that the Superior Court was justified in overturning the decision of the Commission. The legal aid bureau of the appellant should be recognized for the purposes of ss. 236 and 236.1 *AMT* to be exempt from the business tax imposed by the city of Sherbrooke. The Court of Appeal erred in overturning the decision of the Superior Court. I would allow the appeal and restore the judgment of the Superior Court, with costs to the appellant throughout as against the respondent, the city of Sherbrooke, only.

Appeal allowed with costs against the city of Sherbrooke.

Solicitors for the appellant: Meloche, Larivière, Montréal.

Solicitors for the respondent the city of Sherbrooke: Huard, Thérout & Associés, Sherbrooke.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Le fait que les bureaux d'aide juridique sont nécessairement visés par cette disposition est une conclusion qui découle directement de la *Loi sur la fiscalité municipale* et de la *Loi sur l'aide juridique*. J'estime qu'il n'existe aucune autre interprétation raisonnable du par. 236(5) et que, en conséquence, la décision de la Commission était manifestement déraisonnable.

VI — Conclusion

En conséquence, je conclus que la Cour supérieure était justifiée d'infirmer la décision de la Commission. Le bureau d'aide juridique de l'appellant doit, en application des art. 236 et 236.1 *LFM*, être exempté de la taxe d'affaires imposée par la ville de Sherbrooke. La Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la décision de la Cour supérieure. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de la Cour supérieure, avec dépens en faveur de l'appellant devant toutes les cours, contre la ville de Sherbrooke intimée seulement.

Pourvoi accueilli avec dépens contre la ville de Sherbrooke.

Procureurs de l'appellant: Meloche, Larivière, Montréal.

Procureurs de l'intimée la ville de Sherbrooke: Huard, Thérout & Associés, Sherbrooke.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

George Weldon Adams *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of
Canada** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. ADAMS

File No.: 23615.

1995: December 5; 1996: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Aboriginal rights — Native fishing on traditional fishing area without a licence — Licence only available on application for exercise of ministerial discretion — Title alleged to be extinguished either by flooding or by treaty — Whether aboriginal rights are inherently based in claims to land — Whether claims to land are simply one manifestation of a broader-based concept of aboriginal rights — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852, ss. 4(1), 5(9) — Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Appellant, a Mohawk, was charged with fishing without a licence on Lake St. Francis, Quebec, contrary to s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*. A licence was unavailable under those regulations. A special licence issued under ministerial permit authorizing native persons to fish for food may have been available under s. 5(9) but appellant did not apply for such permission. The appellant was convicted at trial and this conviction was upheld on appeal to the Quebec Superior Court and on further appeal to the Quebec Court of Appeal. The constitutional question before this Court queried whether s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* was of no force or effect with respect to the appellant in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* by reason of his aboriginal rights under s. 35 of the *Consti-*

George Weldon Adams *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. ADAMS

N° du greffe: 23615.

1995: 5 décembre; 1996: 3 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autochtone pêchant sans permis dans une zone de pêche traditionnelle — Pour obtenir un permis, il faut demander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire — Le titre aurait été éteint soit par traité soit par suite de la submersion des terres visées — Les droits ancestraux se rattachent-ils intrinsèquement à la revendication d'un territoire? — Les revendications territoriales ne sont-elles que la manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852, art. 4(1), 5(9) — Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

L'appellant, un Mohawk, a été accusé d'avoir pêché sans permis dans le lac Saint-François, au Québec, en contravention du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*. Il n'était pas possible de se procurer de permis en vertu de ce règlement. Cependant, les autochtones peuvent, en vertu du par. 5(9), obtenir du ministre un permis spécial les autorisant à pêcher pour se nourrir, mais l'appellant n'a pas demandé cette autorisation. Au terme du procès, l'appellant a été déclaré coupable. Cette déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour supérieure du Québec d'abord, puis par la Cour d'appel du Québec. La question constitutionnelle devant notre Cour est de savoir si le par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* était inopérant en ce qui concerne l'appellant, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

tution Act, 1982. The fundamental issue was whether aboriginal rights are inherently based in claims to land, or whether claims to land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Claims to land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights. While claims to aboriginal title fall within the conceptual framework of aboriginal rights, aboriginal rights do not exist solely where a claim to aboriginal title has been made out. Where an aboriginal group has shown that a particular practice, custom or tradition taking place on the land was integral to the distinctive culture of that group then, even if they have not shown that their occupation and use of the land was sufficient to support a claim of title to the land, they will have demonstrated that they have an aboriginal right to engage in that practice, custom or tradition. The *Van der Peet* test protects activities which were integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right; it does not require that that group satisfy the further hurdle of demonstrating that their connection with the piece of land on which the activity was taking place was of a central significance to their distinctive culture sufficient to make out a claim to aboriginal title to the land. *R. v. Van der Peet* establishes that s. 35 recognizes and affirms the rights of those peoples who occupied North America prior to the arrival of the Europeans; that recognition and affirmation is not limited to those circumstances where an aboriginal group's relationship with the land is of a kind sufficient to establish title to the land.

Aboriginal rights cannot be inexorably linked to aboriginal title given that some aboriginal peoples were nomadic. Nomadic peoples survived through reliance on the land prior to contact with Europeans and many of the practices, customs and traditions of nomadic peoples that took place on the land were integral to their distinctive cultures. The aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) should not be understood or defined in a manner which excludes some of those that the provision was intended to protect. Moreover, some aboriginal peoples varied the location of their settlements both before and after contact, but this in no way subtracts

en raison de ses droits ancestraux, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question fondamentale est de savoir si les droits ancestraux se rattachent intrinsèquement à la revendication d'un territoire, ou si les revendications territoriales ne sont qu'une manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les revendications territoriales ne sont qu'une manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux. Même si les revendications d'un titre aborigène s'inscrivent dans le cadre conceptuel des droits ancestraux, ces droits n'existent pas uniquement dans les cas où le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène a été établi. Lorsqu'un groupe autochtone a démontré qu'une coutume, une pratique ou une tradition particulière pratiquée sur le territoire concerné faisait partie intégrante de sa culture distinctive, ce groupe aura alors prouvé qu'il a le droit ancestral de s'adonner à cette coutume, pratique ou tradition, même s'il n'a pas établi qu'il a occupé et utilisé suffisamment le territoire en question pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Le critère établi dans *R. c. Van der Peet* protège les activités qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en cause; il n'exige pas que ce groupe franchisse l'obstacle supplémentaire que constituerait la démonstration que le rapport qu'il entretient avec le territoire sur lequel l'activité se déroulait avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale suffisante pour établir le bien-fondé d'une revendication visant le titre sur ce territoire. L'arrêt *Van der Peet* établit que l'art. 35 reconnaît et confirme les droits des peuples qui occupaient l'Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens, et que cette reconnaissance et cette confirmation ne se limitent pas uniquement aux circonstances où le groupe autochtone entretient avec le territoire visé des rapports suffisants pour établir l'existence d'un titre sur celui-ci.

Les droits ancestraux ne peuvent être inexorablement liés à un titre aborigène puisque certains peuples autochtones étaient nomades. Les peuples nomades ont survécu en exploitant le territoire avant le contact avec les Européens, et bon nombre des coutumes, pratiques et traditions observées par ces peuples nomades sur le territoire en question faisaient partie intégrante de leur culture distinctive. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) ne devraient pas être interprétés ou définis d'une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger. En outre, tant avant qu'après le contact avec les Européens, certains peuples

from the fact that, wherever they were settled, prior to contact some aboriginal peoples engaged in practices, customs or traditions on the land which were integral to their distinctive culture.

The recognition that aboriginal title is simply one manifestation of the doctrine of aboriginal rights should not create the impression that the fact that some aboriginal rights are linked to land use or occupation is unimportant. Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site-specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land. A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question.

For the reasons developed in *R. v. Côté*, notwithstanding the fact that the French Crown may never have formally recognized any legal right of the Mohawks to fish in Lake St. Francis, the status of aboriginal rights under French colonial law does not defeat a claim under s. 35(1). The purpose of the entrenchment of s. 35(1) was to extend constitutional protection to the practices, customs and traditions central to the distinctive culture of aboriginal societies prior to contact with Europeans. If the exercise of such practices, customs and traditions effectively continued following contact in the absence of specific extinguishment, such practices, customs and traditions are entitled to constitutional recognition subject to the infringement and justification test outlined in *R. v. Sparrow* and *R. v. Gladstone*. The fact that a particular practice, custom or tradition continued following the arrival of Europeans, but in the absence of the formal gloss of legal recognition from the European colonizers, should not undermine the protection accorded to aboriginal peoples. Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features which received the legal approval of British and French colonizers.

autochtones changeaient l'emplacement de leurs établissements, mais cela n'enlève rien au fait que, peu importe où ils se sont établis avant ou après le contact avec les Européens, certains peuples autochtones observaient sur le territoire en question, avant ce contact, des coutumes, pratiques et traditions qui faisaient partie intégrante de leur culture distinctive.

Le fait de reconnaître que le titre aborigène est simplement une manifestation de la doctrine des droits ancestraux ne devrait pas créer l'impression que le fait que certains droits ancestraux soient liés à l'utilisation ou à l'occupation d'un territoire n'est pas important. En effet, même si un droit ancestral s'attache à une parcelle de terrain dont le titre n'appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique. Du seul fait qu'il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n'importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question.

Pour les motifs exposés dans *R. c. Côté*, malgré le fait que la Couronne française puisse n'avoir jamais formellement reconnu aux Mohawks quelque droit légal de pêcher dans le lac Saint-François, le statut des droits ancestraux en vertu du droit colonial français ne fait pas obstacle à une revendication fondée sur le par. 35(1). L'objet de la constitutionnalisation des droits visés au par. 35(1) était d'étendre la protection de la Constitution aux coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones avant le contact avec les Européens. Si l'exercice de ces coutumes, pratiques et traditions s'est effectivement poursuivi après le contact, en l'absence d'extinction spécifique, ces coutumes, pratiques et traditions ont droit à cette protection sous réserve de l'application des critères relatifs à l'atteinte et à la justification énoncés dans *R. c. Sparrow* et dans *R. c. Gladstone*. Le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par les colonisateurs européens, ne doit pas saper la protection accordée aux peuples autochtones. Le noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé si cette disposition ne protégeait que les caractéristiques déterminantes qui ont été reconnues légalement par les colonisateurs français et britanniques.

The appellant demonstrated that fishing in Lake St. Francis was an element of a practice, custom or tradition integral to his people's distinctive culture and so met the *Van der Peet* test. First, the claim, which was supported by the evidence, was best characterized as one for the right to fish for food in Lake St. Francis. The appellant's essential challenge was to the prohibition of food fishing. Second, fishing for food in Lake St. Francis was a central, significant or defining feature of the Mohawk's distinctive culture. This Court normally relies on the trial judge's findings in making this determination. Here, however, the trial judge, while coming to a clear legal determination, did not articulate a clear finding of fact. The evidence, therefore, was considered to arrive at the finding of fact that the Mohawks had exercised a right to fish for food in Lake St. Francis and the St. Lawrence River from before contact, which was established to be in 1603. The continuity required under the *Van der Peet* test between aboriginal practices, customs and traditions that existed prior to contact and a particular practice, custom or tradition that is integral to aboriginal communities today was demonstrated.

A "clear and plain intention" must be proved by the Crown to establish that an aboriginal right has been extinguished. Although flooding the fishing area in 1845 and the signing of a surrender agreement concerning land in 1888 may have demonstrated a clear and plain intention in the Crown to extinguish any aboriginal title to the lands of the fishing area, neither event demonstrated a clear and plain intention to extinguish the appellant's aboriginal right to fish for food in the fishing area.

The nature of the impact on the appellant's rights from the operation of the provision must be determined, taking into account the broader regulatory scheme of which the provision is a part. Here, the appellant's exercise of his aboriginal right to fish for food was only exercisable at the discretion of the Minister. This scheme did not meet the test for infringement laid down in *Sparrow*. The scheme imposed undue hardship on the appellant and interfered with his preferred means of exercising his rights. The appellant's aboriginal rights were also infringed in that the regulations did not provide sufficient direction to those exercising the discre-

L'appellant a démontré que la pêche dans le lac Saint-François est un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive de son peuple, et il a ainsi satisfait au critère énoncé dans *Van der Peet*. Premièrement, la meilleure façon de caractériser la revendication, qui était étayée par la preuve, est de dire que l'appellant revendique le droit de pêcher dans le lac Saint-François pour se nourrir. La contestation principale de l'appellant visait l'interdiction de pêcher à des fins alimentaires. Deuxièmement, la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le lac Saint-François était une caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la culture distinctive des Mohawks. Pour trancher cette question, notre Cour s'en remet habituellement aux conclusions de fait du juge du procès. En l'espèce, toutefois, même si le juge du procès a tiré une conclusion de droit claire, il n'a pas énoncé clairement les conclusions de fait sur lesquelles il se fondait. En conséquence, il a été jugé que la preuve permettait de tirer la conclusion de fait que les Mohawks avaient exercé un droit de pêche à des fins alimentaires dans le lac Saint-François et dans le fleuve Saint-Laurent avant le contact avec les Européens, moment qui a été situé en 1603. La continuité requise par le critère énoncé dans *Van der Peet* entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et la coutume, pratique et tradition qui fait partie intégrante de nos jours de la collectivité autochtone concernée a été établie.

Pour établir l'extinction d'un droit ancestral, le ministre public doit apporter la preuve d'une «intention claire et expresse» en ce sens. Bien que la submersion de la zone de pêche en 1845 et la signature de l'accord de cession en 1888 puissent permettre de démontrer l'intention claire et expresse de la Couronne d'éteindre tout titre aborigène sur les terres de la zone de pêche, aucun de ces événements ne démontre que la Couronne avait l'intention claire et expresse d'éteindre le droit ancestral de l'appellant de pêcher pour se nourrir dans cette zone.

Il faut déterminer la nature des répercussions de l'application de la disposition réglementaire sur les droits de l'appellant, tout en tenant compte du régime de réglementation plus large dans lequel s'inscrit cette disposition. En l'espèce, l'appellant ne peut exercer son droit ancestral de pêcher pour se nourrir qu'à la discrétion du ministre. Ce régime ne satisfait pas au critère établi dans *Sparrow*. Le régime est indûment rigoureux envers l'appellant et lui refuse le recours à son moyen préféré d'exercer ses droits. Il y a aussi atteinte aux droits ancestraux de l'appellant en ce que le règlement ne donne pas de directives suffisantes à ceux qui exercent

tion to fulfil the Crown's fiduciary duties to the aboriginal peoples.

This infringement was not justified. It did not (1) take place pursuant to a compelling and substantial objective and (2) was not consistent with the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples. To be justifiable, limits on the aboriginal rights protected by s. 35(1) must be informed by the same purposes underlying their constitutional entrenchment: (1) recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples, and (2) reconciliation of this prior occupation with the assertion of Crown sovereignty. Measures aimed at conservation can limit aboriginal rights because they clearly accord with both purposes. Those aimed at enhancing sports fishing *per se*, however, accord with neither purpose and therefore cannot be a compelling and substantial objective for the purposes of s. 35(1). Furthermore, the scheme failed to provide the requisite priority to the aboriginal right to fish for food and so did not meet the second part of the test for justification. The right to fish for food, as opposed to the right to fish commercially, is a right which should be given first priority after conservation concerns are met.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons of Lamer C.J. were generally agreed with subject to comments about the relationship between aboriginal rights and aboriginal title, and about the proper approach to the definition of the nature and extent of aboriginal rights.

Aboriginal rights can exist independently of aboriginal title. The doctrine of aboriginal rights is not solely concerned with land but covers all aboriginal interests arising out of the native peoples' historic occupation and use of ancestral lands. Aboriginal rights can be incidental to aboriginal title but need not be: they are severable from and can exist independently of aboriginal title. The strict conditions for recognition of aboriginal title at common law are not applicable when a claimant does not seek the broadest right to occupy and use a tract of land but rather only the limited right to fish upon it. In such cases, the only requirements are those set out in *Van der Peet* regarding the recognition of an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

le pouvoir discrétionnaire, de façon à ce qu'ils s'acquittent des obligations de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

Cette atteinte n'est pas justifiée. Elle ne (1) découle pas de la poursuite d'un objectif jugé impérieux et réel, et (2) elle n'est pas compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. Les limites imposées aux droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent, pour être justifiables, respecter les objectifs visés par la décision de constitutionnaliser ces droits: (1) la reconnaissance du fait que les peuples autochtones occupaient déjà l'Amérique du Nord, et (2) la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. Des mesures visant la conservation des ressources peuvent limiter des droits ancestraux parce qu'elles sont manifestement compatibles avec ces deux objectifs. Cependant, les mesures qui visent la mise en valeur de la pêche sportive ne sont compatibles avec aucun des deux objectifs et ne peuvent en conséquence constituer un objectif impérieux et réel pour l'application du par. 35(1). En outre, le régime ne respecte pas le second volet du critère relatif à la justification, car il n'accorde pas la priorité requise au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Contrairement au droit de pêcher commercialement, le droit de pêcher à des fins alimentaires est un droit qui doit se voir accorder la priorité, une fois qu'il a été tenu compte des besoins en matière de conservation.

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord substantiel avec les motifs du juge en chef Lamer, sous réserve de commentaires concernant le rapport entre les droits ancestraux et le titre aborigène et la façon dont doivent être définies la nature et l'étendue des droits ancestraux.

Les droits ancestraux peuvent exister indépendamment du titre aborigène. La doctrine des droits ancestraux ne vise pas uniquement les terres mais aussi tous les intérêts ancestraux découlant de l'occupation et de l'utilisation historiques des terres ancestrales. Les droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d'un titre aborigène, mais non nécessairement; ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci. Les conditions strictes de reconnaissance d'un titre aborigène en common law ne s'appliquent pas dans les cas où l'appelant sollicite non pas le droit plus général d'occuper et d'utiliser une parcelle de terre, mais uniquement le droit restreint d'y pêcher. Dans ces cas, les seules exigences applicables sont celles qui ont été énoncées dans *Van der Peet* relativement à la reconnaissance d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

The nature and extent of aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) should be determined by reference to the historic occupation and use of ancestral lands by the natives which is the rationale of the doctrine of aboriginal rights. Constitutionally recognized aboriginal practices, customs and traditions must be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people and must have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. A "frozen rights" approach focusing on aboriginal practices should not be adopted.

The Mohawks' aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis is protected under s. 35(1) because they have fished for food on the tract of land in question in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization for a substantial and continuous period of time. This right, which was not extinguished by a "clear and plain intention" of the Government, was infringed by the *Quebec Fishery Regulations*. The restriction was not justified under the *Sparrow* test.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518.

La nature et l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) devraient être déterminées en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c'est-à-dire l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales. Les coutumes, pratiques et traditions autochtones constitutionnellement reconnues doivent être suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et elles doivent avoir fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive de ce groupe pendant une période considérable et ininterrompue. Il ne faut pas adopter une approche fondée sur la notion de «droits figés» et axée sur les pratiques autochtones.

Le droit ancestral de pêcher pour se nourrir dans le lac Saint-François que possèdent les Mohawks est protégé par le par. 35(1) puisque les Mohawks ont pêché pour se nourrir sur la parcelle de terre en cause d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour leur organisation sociale et leur culture, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Le *Règlement de pêche du Québec* constitue une atteinte à ce droit, qui n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une «intention claire et expresse» en ce sens par le gouvernement. Une telle restriction n'est pas justifiée suivant le critère établi dans *Sparrow*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852, ss. 4(1) [rep. & sub. SOR/82-320, s. 3], 5(9) [ad. SOR/81-660, s. 2(2)].
Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1011, [1993] 3 C.N.L.R. 98, 55 Q.A.C. 19, dismissing an appeal from a judgment of Paul J., [1985] 4 C.N.L.R. 39, dismissing an appeal from conviction by Barrette Ct. S.P.J., [1985] 4 C.N.L.R. 123. Appeal allowed.

James O'Reilly, Peter W. Hutchins, Chantal Chatelain, Diane H. Soroka and Martha Montour, for the appellant.

René Morin and Pierre Lachance, for the respondent.

Jean-Marc Aubry, Q.C., and *Richard Boivin*, for the intervener.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

This appeal and the appeal of *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, have been released simultaneously and should be read together in light of the closely related issues raised by both cases.

The appellant, a Mohawk, was charged with the regulatory offence of fishing without a licence in Lake St. Francis in the St. Régis region of Quebec. He challenges his conviction on the basis that he was exercising an aboriginal right to fish as recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In resolving this appeal and the appeal in *Côté*, this Court must answer the question of whether

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Proclamation royale de 1763, L.R.C. 1985, app. II, n° 1.
Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852, art. 4(1) [abr. & rempl. DORS/82-320, art. 3], 5(9) [aj. DORS/81-660, art. 2(2)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 1011, [1993] 3 C.N.L.R. 98, 55 Q.A.C. 19, qui a rejeté l'appel formé contre la décision du juge Paul, [1985] 4 C.N.L.R. 39, qui avait rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Barrette de la Cour des sessions de la paix, [1985] 4 C.N.L.R. 123. Pourvoi accueilli.

James O'Reilly, Peter W. Hutchins, Chantal Chatelain, Diane H. Soroka et Martha Montour, pour l'appelant.

René Morin et Pierre Lachance, pour l'intimée.

Jean-Marc Aubry, c.r., et *Richard Boivin*, pour l'intervenant.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi ainsi que le pourvoi *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, ont été rendus en même temps et doivent être lus en corrélation, compte tenu de la connexité des questions qu'ils soulèvent.

L'appelant, un Mohawk, a été accusé d'avoir pêché sans permis dans le lac Saint-François, dans la région de Saint-Régis au Québec. Il conteste la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, affirmant qu'il exerçait un droit de pêche ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pour trancher le présent pourvoi et le pourvoi *Côté*, notre Cour doit répondre à la question de

1

2

3

aboriginal rights are necessarily based in aboriginal title to land, so that the fundamental claim that must be made in any aboriginal rights case is to aboriginal title, or whether aboriginal title is instead one subset of the larger category of aboriginal rights, so that fishing and other aboriginal rights can exist independently of a claim to aboriginal title.

⁴ In the trilogy of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, this Court had opportunity to consider the question of the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). This case and *Côté* will require the application of the principles articulated in those cases to the question of the relationship between aboriginal title and the other aboriginal rights, particularly fishing rights, recognized and affirmed by s. 35(1). Furthermore, these two related appeals involve the claim of an aboriginal right to fish within the historical boundaries of New France. As such, this Court must answer the question of whether, under the principles of the *Van der Peet* trilogy, the constitutional protection of s. 35(1) extends to aboriginal practices, customs and traditions which may not have achieved legal recognition under the colonial regime of New France prior to the transition to British sovereignty in 1763.

II. Facts

⁵ The appellant, George Weldon Adams, is a Mohawk who lives on the St. Regis (Akwasasne) Reserve. He was charged with fishing for perch without a licence contrary to s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, C.R.C., c. 852.

⁶ The facts giving rise to this charge are not in dispute. On May 7, 1982 the appellant was fishing for perch in the marshes of the southwest portion of Lake St. Francis, a part of the St. Lawrence River approximately 95 km west of Montreal and some 15 km from a current Akwasasne village (the "fishing area"). He was fishing during the spawn-

savoir si les droits ancestraux sont nécessairement fondés sur un titre aborigène visant un territoire, de sorte que, dans toute affaire de droits ancestraux, la revendication fondamentale doit porter sur un titre aborigène, ou si un tel titre constitue plutôt une sous-catégorie de la catégorie plus générale des droits ancestraux, et donc que les droits ancestraux de pêche et autres droits du genre peuvent exister indépendamment de la revendication d'un titre aborigène.

Dans la trilogie *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, notre Cour a eu l'occasion d'examiner la question de la portée des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Il faudra, en l'espèce et dans *Côté*, appliquer les principes formulés dans ces arrêts à la question du rapport entre le titre aborigène et les autres droits ancestraux, particulièrement les droits de pêche, reconnus et confirmés par le par. 35(1). De plus, ces deux pourvois connexes mettent en jeu la revendication d'un droit de pêche ancestral à l'intérieur des frontières historiques de la Nouvelle-France. En conséquence, la Cour doit répondre à la question de savoir si, en vertu des principes établis dans la trilogie *Van der Peet*, la protection constitutionnelle du par. 35(1) s'étend aux coutumes, pratiques et traditions qui n'auraient pas été reconnues en droit sous le régime colonial de la Nouvelle-France, avant la transition à la souveraineté britannique en 1763.

II. Les faits

L'appelant, George Weldon Adams, est un Mohawk qui habite la réserve de Saint-Régis (Akwasasne). Il a été accusé d'avoir pêché la perchaude sans permis, contrairement au par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, C.R.C., ch. 852.

Les faits ayant donné lieu à cette accusation ne sont pas contestés. Le 7 mai 1982, l'appelant a pêché la perchaude dans les marais de la portion sud-ouest du lac Saint-François, partie du fleuve Saint-Laurent située à environ 95 km à l'ouest de Montréal et à quelque 15 km de l'actuel village d'Akwasasne (la «zone de pêche»). L'appelant, qui

ing season and caught 300 pounds of perch with a seine net made of very fine mesh several hundred feet in length. The appellant was fishing without a licence; under the *Quebec Fishery Regulations* a licence was in fact unavailable, although under s. 5(9) of the Regulations he could have applied for an exercise of Ministerial discretion permitting him to fish for food. The appellant did not apply for such permission.

At the time at which the appellant was charged ss. 4(1) and 5(9) of the *Quebec Fishery Regulations* provided:

4. (1) Subject to subsections (2), (3), (7.1), (18), and (20), no person shall fish unless he is the holder of a licence described in Schedule III.

5

(9) The Minister may issue to an Indian or an Inuk, to a band of Indians or to an Inuit group, a special licence permitting, subject to conditions set out therein, the catching of fish for food.

The appellant was convicted at trial. This conviction was upheld on appeal to the Quebec Superior Court and on further appeal to the Quebec Court of Appeal, Rothman J.A. dissenting.

III. Judgments Below

Court of Sessions of the Peace, [1985] 4 C.N.L.R. 123

At trial the appellant argued that in fishing for perch in Lake St. Francis he was acting pursuant to an aboriginal right existing either because of the aboriginal title of the Mohawks to the fishing area or because the Mohawks have a free-standing aboriginal right to fish in the fishing area. The appellant argued, further, that the *Quebec Fishery Regulations* constituted an unjustified infringement of this right and that, as such, they were in violation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and must be held to be of no force or effect by virtue of the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

pêchait pendant la période de frai, a capturé 300 livres de perchaude. Il utilisait une seine fait de mailles très serrées et mesurant plusieurs centaines de pieds de longueur. L'appelant pêchait sans permis. De fait, il n'était pas possible de se procurer de permis en vertu du *Règlement de pêche du Québec*, l'appelant aurait cependant pu, en vertu du par. 5(9) du Règlement, demander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour l'autoriser à pêcher pour se nourrir. L'appelant n'a pas demandé cette autorisation.

Lorsque l'appelant a été accusé, les par. 4(1) et 5(9) du *Règlement de pêche du Québec* étaient ainsi rédigés:

4. (1) Sous réserve des paragraphes (2), (3), (7.1), (18) et (20), il est interdit de pêcher à moins d'être titulaire d'un permis visé à l'annexe III.

5. . . .

(9) Le Ministre peut, par un permis spécial dans lequel il détermine les conditions, autoriser un Indien ou un Inuk, une bande d'Indiens ou un groupe d'Inuit à prendre du poisson pour se nourrir.

Au terme du procès, l'appelant a été déclaré coupable. Cette déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour supérieure du Québec d'abord, puis par la Cour d'appel du Québec, le juge Rothman étant dissident.

III. Juridictions inférieures

La Cour des sessions de la paix (Beauharnois), n° 760-27-004079-82

Au procès, l'appelant a soutenu que, lorsqu'il pêchait la perchaude dans le lac Saint-François, il exerçait un droit ancestral existant, soit en raison du titre aborigène des Mohawks sur la zone de pêche, soit parce que ceux-ci possèdent un droit de pêche ancestral autonome dans la zone de pêche. L'appelant a également prétendu que le *Règlement de pêche du Québec* constituait une atteinte injustifiée à ce droit et que, de ce fait, il violait le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et devait être déclaré inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

10 Barrette Ct. S.P.J. at p. 128 made the following findings of fact with regards to the presence of the Mohawks, whom he found to be one of the Five Nations of the Iroquois, in the region of the fishing area:

[TRANSLATION] History teaches that the Iroquois as such occupied the two banks of the St. Lawrence between Montreal and Québec at the time of the arrival of Jacques Cartier. They were no longer there when Champlain arrived.

The Mohawks, one of the five (5) Iroquois nations, frequented the territory situated on the banks of the St. Lawrence upstream of Montreal and they controlled the river towards the west around 1615, and this area comprised at least part of their hunting and fishing territory. They went to war in order to ensure the control of this area.

One fact is certain. In 1754, a group of Mohawks from the Caughnawaga Reserve established a permanent settlement on the two banks of the St. Lawrence River and the islands situated on the extreme western end of Lake St. Francis. This occupation took place with the knowledge of the French authorities of the time, even if no title was granted to them. . . .

11 Barrette Ct. S.P.J. held that these facts regarding the Mohawks' historical presence in the area supported the appellant's position that his ancestors had aboriginal title to the lands in question. He held further, however, that this title was extinguished prior to 1982 and that, as such, it could not support an incidental aboriginal right to fish in the waters in the area.

12 Barrette Ct. S.P.J. noted that in 1845 the water level in the St. Lawrence River was raised owing to the construction of the Beauharnois canal. The result of this rise in the water level was that the lands of the fishing area were submerged. Barrette Ct. S.P.J. also noted that in 1888 an agreement for the cession of land, including the fishing area, was entered into by the Mohawks, although the Mohawks contested this cession immediately upon its taking effect and continue to dispute its validity. Barrette Ct. S.P.J. held that it was unnecessary to consider whether the 1888 cession was valid. He held at p. 135 that the submersion of the land was

Le juge Barrette a tiré les conclusions de fait qui suivent, relativement à la présence des Mohawks dans la région où est située la zone de pêche, Mohawks qui, a-t-il conclu, forment une des nations de la ligue iroquoise des Cinq-Nations:

L'histoire enseigne que les Iroquois comme tels occupaient les deux rives du St-Laurent, entre Montréal et Québec au moment de l'arrivée de Jacques-Cartier. Ils n'étaient plus là à l'arrivée de Champlain.

Les Mohawks, une des cinq (5) nations iroquoises, fréquentaient le territoire situé sur les rives du St-Laurent en amont de Montréal et ils contrôlaient le fleuve vers l'ouest vers les années 1615, cela faisait, à tout le moins, partie de leur territoire de chasse et de pêche. Ils guerroyaient pour en assurer la maîtrise.

Un fait est certain. En 1754, un groupe de Mohawks provenant de la Réserve de Caughnawaga s'établissait en permanence sur les deux (2) rives du fleuve St-Laurent et les îles situées à l'extrémité ouest du Lac St-François. Cette occupation s'est faite à la connaissance des autorités françaises de l'époque, même si aucun titre ne leur fut octroyé.

Le juge Barrette a conclu que ces faits relatifs à la présence historique des Mohawks dans la région appuyaient la position de l'appelant que ses ancêtres possédaient un titre aborigène sur les terres en question. Cependant, il a également statué que ce titre avait été éteint avant 1982 et qu'il ne pouvait donc pas étayer l'existence d'un droit de pêche ancestral accessoire dans les eaux en cause.

Le juge Barrette a signalé que, en 1845, le niveau des eaux du fleuve Saint-Laurent avait été élevé par suite de la construction du canal de Beauharnois. En raison de l'élévation du niveau des eaux, les terres de la zone de pêche ont été submergées. Le juge Barrette a aussi souligné que, en 1888, les Mohawks avaient conclu un accord de cession de terres, incluant la zone de pêche, cession qu'ils ont contestée dès sa prise d'effet et dont ils continuent de contester la validité. Le juge Barrette a statué qu'il était inutile de se demander si la cession de 1888 était valide. Il a statué que la submersion des terres suffisait à éteindre tout titre

sufficient to extinguish any aboriginal title to the disputed lands; upon submersion aboriginal title passed to the Crown because the beds of all navigable rivers are Crown lands:

[TRANSLATION] This marsh is no longer part of Dundee Lands. And if the riparian landholders at one time could have asserted some right of ownership on some part, the Crown has long ago prescribed this right since the bed of a navigable river is part of the public domain.

Barrette Ct. S.P.J. went on, at pp. 139-40, to hold that while the Mohawks' aboriginal title to the lands had been extinguished, the facts were sufficient to demonstrate that the Mohawks had a free-standing aboriginal right to fish in Lake St. Francis:

[TRANSLATION] In addition to their rights over their lands, the Mohawks have always had and have always exercised a right of hunting and fishing on the St. Lawrence River and in particular on Lake St. Francis in this part situated in the southwest area of this lake and where there are numerous islands and very vast marshes.

. . .

This was a hunting and fishing territory situated in the immediate neighbourhood of their village and which is part of an easily identifiable whole.

Barrette Ct. S.P.J. held that this right had not been extinguished.

Barrette Ct. S.P.J. nonetheless convicted the appellant. He did so on the basis that aboriginal fishing rights are not absolute; Parliament retains the power to regulate aboriginal fishing rights (at p. 140):

[TRANSLATION] This having been established, the exercise of this hunting and fishing right is not absolute. This right cannot be exercised without taking into account the laws which Parliament has legally adopted and applied in accordance with the Constitution.

. . .

The court considers that it is reasonable, in a free and democratic society, that the aboriginal right of the

aborigène sur les terres en litige. Au moment de la submersion des terres, le titre aborigène est passé à la Couronne, étant donné que le lit de tous les cours d'eau navigables constitue des terres domaniales:

Ces marais ne font plus partie des terres de Dundee. Et si les riverains ont déjà pu prétendre à un droit de propriété, sur quelque partie que ce soit, il y a longtemps que ce droit est prescrit à l'avantage de la Couronne, puisque le lit d'un fleuve ou rivière navigable fait partie du domaine public.

Le juge Barrette a ensuite conclu que, même si le titre aborigène des Mohawks sur les terres en question avait été éteint, les faits suffisaient à démontrer que les Mohawks possédaient un droit de pêche ancestral autonome dans le lac Saint-François:

En plus de leurs droits sur leurs terres, les Mohawks ont toujours eu et ont toujours exercé un droit de chasse et de pêche sur le fleuve St-Laurent et en particulier sur le Lac St-François, dans cette partie située au sud-ouest de ce lac où se trouvent de nombreuses îles et de très vastes marais.

. . .

Il s'est agi pour eux d'un territoire de chasse et de pêche situé dans le voisinage immédiat de leur village et qui fait partie d'un tout homogène facilement identifiable.

Le juge Barrette a statué que ce droit n'avait pas été éteint.

Le juge Barrette a néanmoins déclaré l'appelant coupable, pour le motif que les droits de pêche ancestraux ne sont pas absolus. Le Parlement conserve le pouvoir de les réglementer:

Ceci étant établi, l'exercice de ce droit de chasse et de pêche n'est pas un absolu et il ne peut pas s'exercer sans tenir compte des lois du Parlement légalement adoptées et applicables selon les dispositions de la Constitution.

. . .

La Cour considère qu'il est raisonnable, dans le cadre d'une société libre et démocratique, que le droit ances-

13

14

Mohawks to fish on the St. Lawrence River and Lake St. Francis is subject to the regulation provided for in the *Quebec Fishery Regulations*.

He noted in support of this conclusion that the licence only affects the manner of the exercise of the appellant's aboriginal right.

Superior Court, [1985] 4 C.N.L.R. 39

15

The appellant was unsuccessful in his appeal to the Superior Court. Paul J. held that the appellant's ancestors had enjoyed aboriginal title to the fishing area under the terms of the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, but that title was extinguished when, in 1888, the Mohawks ceded their title to the Crown. Further, Paul J. agreed at p. 49 with the trial judge that upon submersion of the lands in 1845 the aboriginal title held by the appellant's ancestors ceased to exist:

[TRANSLATION] Consequently, since these lands were surrendered in 1888 and since the court must consider this surrender as legal and valid, the Indians of St. Regis cannot claim an aboriginal right to fish based on the "Indian title" which they had on Dundee Lands in front of Lake St. Francis (the place where the offence was committed by appellant). Such a usufruct, although it once existed, no longer exists since 1888 because of the surrender.

Moreover, the weedbeds or marshes in front of these lands form part of Lake St. Francis, and are consequently part of the public domain from the shore and Indians cannot claim exclusive ownership or even any particular right whatsoever.

16

Paul J. agreed with Barrette Ct. S.P.J., however, that the Mohawks have an aboriginal right to fish in Lake St. Francis, although his reasons for holding that they do so differed from those of Barrette Ct. S.P.J. Paul J. did not rely specifically on the Mohawks' traditional exploitation of the St. Lawrence fishery, but rather on the general importance of fishing to the life and survival of the Mohawks (at p. 50):

[TRANSLATION] I think that it cannot be doubted that Indians have an aboriginal right to hunt, fish and even to

tral des Mohawks de pêcher sur le fleuve St-Laurent et le lac St-François puisse être sujet à la réglementation [sic] prévue au *Règlement de pêche du Québec*.

Il a souligné, au soutien de sa conclusion, que le permis ne porte atteinte qu'à la manière dont le droit ancestral de l'appelant est exercé.

La Cour supérieure (Chambre criminelle) (Beauharnois), n° 760-36-000018-84

L'appelant n'a pas eu gain de cause en appel devant la Cour supérieure. Le juge Paul a statué que les ancêtres de l'appelant ont joui d'un titre aborigène sur la zone de pêche aux termes de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, mais que ce titre a été éteint lorsque les Mohawks l'ont cédé à la Couronne en 1888. En outre, le juge Paul a souscrit à l'opinion du juge du procès que le titre aborigène des ancêtres de l'appelant a cessé d'exister au moment de la submersion des terres en 1845:

En conséquence, comme ces terres ont été cédées en 1888 et que la Cour doit considérer cette cession comme légale et valable, les Indiens de Saint-Régis ne peuvent prétendre à un droit ancestral de pêche qui serait basé sur le «titre Indien» qu'ils avaient sur les Dundee Lands faisant face au Lac St-François (endroit de l'infraction commise par l'appelant). Un tel usufruit, bien qu'ayant déjà existé, n'existe plus depuis 1888, vu la cession.

De plus, les marais ou marécages en face de ces terres font partie du Lac St-François, ils sont donc du domaine public à partir de la rive, et il ne saurait être question pour les Indiens d'en réclamer une propriété exclusive ou même quelque droit particulier que ce soit.

Cependant, à l'instar du juge Barrette de la Cour des sessions de la paix, le juge Paul a conclu que les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François, quoique sa conclusion repose sur des motifs différents de ceux du juge Barrette. Le juge Paul ne s'est pas fondé explicitement sur l'exploitation traditionnelle de la pêche dans le Saint-Laurent, mais plutôt sur l'importance générale de la pêche pour la vie et la survie des Mohawks:

Je pense que l'on ne pourra mettre en doute que les Indiens ont un droit ancestral de chasse et de pêche et

trap for their livelihood. Fishing, hunting and trapping constitute traditionally and historically their means of subsistence and livelihood in the country which they have inhabited since well before 1763. And since 1763, they have continued up to a certain point and depending upon the usages and customs to live "by hunting, trapping and fishing".

In the result, Paul J. affirmed the appellant's conviction on the basis that the existence of this aboriginal right did not abrogate Parliament's powers to regulate fishing, with the result that the *Quebec Fishery Regulations* could not be said to have infringed the appellant's aboriginal rights.

Court of Appeal, [1993] 3 C.N.L.R. 98

Beauregard J.A. accepted Barrette Ct. S.P.J.'s findings of fact but held, at p. 110, that those facts were insufficient to support the appellant's claim that the Mohawks had "original" aboriginal title to the fishing area. The facts demonstrated only that the Mohawks occasionally exploited the lands in question; they did not indicate a sufficient presence in the region to support a claim to original aboriginal title:

[TRANSLATION] Even though, according to witness Bruce Trigger, the Mohawks fished and hunted in Lake Saint-François during the 17th and 18th centuries, I feel that those activities, which were carried out in an area two hundred miles away from their settlements south of Lake George, do not provide a sufficient basis to claim original Indian title, according to the criteria set forth in *Calder*.

Beauregard J.A. held, however, that s. 35(1) not only protects "original" aboriginal title to lands, of the sort contemplated by *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, but that s. 35(1) also protects both aboriginal title obtained as a concession for the ceding of original Indian title ("conceded" title) and title granted informally by the French prior to the *Royal Proclamation of 1763*. On the facts of this case he was willing to assume that the lands of the fishing area were occupied by the Mohawks in 1763 so as to fall within the Proclamation and, if unext-

même de trappage pour assurer leur survie. La pêche, la chasse et le trappage constituent traditionnellement et historiquement leur moyen de se nourrir et de vivre dans ce pays qu'ils habitaient bien avant 1763. Et depuis 1763, ils ont continué jusqu'à un certain point et dépendamment des us et coutumes, de vivre «en chassant, en trappant et en pêchant».

En conséquence, le juge Paul a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant, pour le motif que l'existence de ce droit ancestral ne supprimait pas les pouvoirs du Parlement de réglementer la pêche, et donc qu'il était impossible d'affirmer que le *Règlement de pêche du Québec* portait atteinte aux droits ancestraux de l'appellant.

La Cour d'appel, [1993] R.J.Q. 1011

Le juge Beauregard a accepté les conclusions de fait du juge Barrette, mais il a statué, à la p. 1021, que ces faits ne suffisaient pas à étayer la revendication de l'appellant portant que les Mohawks possédaient un titre aborigène «originaire» dans la zone de pêche. Les faits démontraient uniquement que les Mohawks exploitaient occasionnellement les terres en question, mais ils n'indiquaient pas une présence suffisante dans la région pour étayer la revendication d'un titre aborigène originaire:

Même si, selon le témoin Bruce Trigger, les Mohawks ont chassé et pêché dans le lac Saint-François aux XVII^e et XVIII^e siècles, je suis d'opinion que ces activités, entreprises dans un territoire situé à plus de deux cents (200) milles de leurs établissements au sud du lac George, ne sont pas suffisantes comme fondement d'un titre indien originaire suivant les critères de l'arrêt *Calder*.

Toutefois, le juge Beauregard a conclu que le par. 35(1) protège non seulement le type de titre aborigène «originaire» sur des terres envisagé dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, mais qu'il protège également et les titres aborigènes obtenus en tant que concession en échange d'un titre aborigène originaire (les titres «concedés») et les titres octroyés d'une façon informelle par les autorités françaises avant la *Proclamation royale de 1763*. À la lumière des faits de l'espèce, le juge Beauregard était disposé à présumer que les terres de la zone

17

18

inguished, within s. 35(1). He did not definitively resolve this question, however, because he held that even if aboriginal title did flow from the Proclamation, it was extinguished prior to 1982 either by the act of flooding the lands in 1845 or by the 1888 cession agreement.

19 Beauregard J.A. held that aboriginal fishing rights could not, absent a treaty, exist where there was no aboriginal title to land. Given his position that the appellant had not demonstrated existing aboriginal title of the Mohawks to the lands where he was fishing, Beauregard J.A. held that no aboriginal right to fish in the fishing area could exist.

20 Beauregard J.A. did state that if an aboriginal right to fish in Lake St. Francis had been demonstrated then s. 4(1) would not be enforceable against the appellant. Because the section amounts to a complete denial of aboriginal rights to fish in the area, it contravenes s. 35(1). The possibility of the exercise of ministerial discretion does not compensate for this complete denial.

21 Proulx J.A. concurred with Beauregard J.A. but wrote reasons explaining why aboriginal rights cannot exist where there has been no demonstration of the existence of aboriginal title. In Proulx J.A.'s view at p. 121 [TRANSLATION] "Indian title engenders rights, which vary according to the customs, culture, way of life and particular characteristics of each group as the years go by"; absent the existence of treaty rights, or aboriginal title, to an area, an aboriginal group cannot claim aboriginal rights to fish or hunt in that area. Proulx J.A. went on to hold, however, that if the appellant had been successful in demonstrating the existence of an aboriginal right to fish in Lake St. Francis, s. 4(1) would have infringed that right because the evidence demonstrated that the policy of the government (at p. 127) [TRANSLATION] "essentially favours sport fishing, to the detriment of those

de pêche étaient occupées par les Mohawks en 1763, de sorte qu'elles étaient visées et par la Proclamation, et, si le titre n'était pas éteint, par le par. 35(1). Il n'a cependant pas tranché définitivement cette question, puisqu'il a conclu que même si un titre aborigène découlait bien de la Proclamation, ce titre avait été éteint avant 1982, soit par suite de la submersion des terres en 1845 soit par l'accord de cession de 1888.

Le juge Beauregard a conclu que, en l'absence de traité, il ne pouvait y avoir de droits de pêche ancestraux sans l'existence d'un titre aborigène sur le territoire visé. Comme il était d'avis que l'appellant n'avait pas établi que les Mohawks détenaient un titre aborigène existant sur les terres où il avait pêché, le juge Beauregard a statué qu'il ne pouvait exister de droit de pêche ancestral dans la zone de pêche.

Le juge Beauregard a effectivement dit que, si on démontrait l'existence d'un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François, le par. 4(1) ne serait pas opposable à l'appellant. Étant donné que ce paragraphe constitue un déni complet des droits de pêche ancestraux à cet endroit, il viole le par. 35(1). La possibilité pour le ministre d'exercer un pouvoir discrétionnaire à cet égard ne peut compenser pour un déni complet des droits en question.

Le juge Proulx a souscrit à l'opinion du juge Beauregard, mais il a rédigé des motifs expliquant pourquoi il ne peut y avoir de droits ancestraux si l'existence d'un titre aborigène n'est pas démontrée. De l'avis du juge Proulx, à la p. 1029, «[d]e ce titre [aborigène] découlent des droits qui varient selon les coutumes, la culture, le mode de vie et les faits particuliers de chacun des groupes au fil des temps». En l'absence de droits issus de traités ou de titre aborigène visant un territoire, un groupe autochtone ne peut prétendre y avoir des droits ancestraux de pêche ou de chasse. Cependant, le juge Proulx a poursuivi en concluant que, si l'appellant avait réussi à établir l'existence d'un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François, le par. 4(1) aurait alors porté atteinte à ce droit, car la preuve démontrait que la politique du gouvernement (à la p. 1033) «favorise essentiellement la

wanting to fish for food” and that (at p. 128) [TRANSLATION] “sport fishing is the major concern, after conservation”.

Rothman J.A. dissented, holding that an aboriginal right to fish can exist independently of aboriginal title and that, in this case, the appellant had demonstrated that the Mohawks have an aboriginal right to fish in the fishing area. Rothman J.A. emphasized at p. 135 that in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, this Court held that aboriginal rights are not traditional property rights but are rather “rights held by a collective and . . . *in keeping with the culture and existence of that group*” (emphasis added by Rothman J.A.). He held, at pp. 135-36, that in order to demonstrate a right to fish in this case the appellant simply had to show that “their possession [of the fishing area] existed before the arrival of Europeans and their role and fishing activities in the area were substantial and of long duration. . . . We are not concerned here with a right of way but rather with a way of life”. In this case, Rothman J.A. held at p. 136 that the facts as found by the trial judge were sufficient to demonstrate the existence of the Mohawks’ aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis:

The evidence, as found by the trial judge and the Superior Court, establishes that, although the ancestors of the St. Regis Mohawks came originally from the region of Lake George in northern New York State, they hunted and fished in the upper St. Lawrence, including Lake St. Francis, from at least 1603 and probably before then. According to Professor Trigger, the Mohawks effectively occupied and controlled this territory — they were unchallenged by other Indian tribes and the exercise of their ancestral rights was unopposed by the French. According to Professor Parent, they were here when the French arrived and had probably arrived between 1470 and 1490 A.D.

Rothman J.A. also held that there was nothing to suggest that, in 1888, when the Mohawks volunta-

pêche sportive, au détriment des personnes qui veulent pêcher pour se nourrir», et que «c’est la pêche sportive qui constitue la préoccupation majeure après la conservation».

Le juge Rothman, dissident, a conclu qu’un droit de pêche ancestral peut exister indépendamment du titre aborigène et que, en l’espèce, l’appellant avait démontré que les Mohawks possédaient un droit de pêche ancestral dans la zone de pêche. Le juge Rothman a souligné, à la p. 1038, que notre Cour a statué dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, que les droits ancestraux ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel mais plutôt des «droits qui appartiennent à un groupe et qui sont *en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe*» (italiques ajoutés par le juge Rothman). Le juge Rothman a conclu, aux pp. 1038 et 1039, que pour établir l’existence d’un droit de pêche en l’espèce l’appellant devait simplement démontrer que [TRADUCTION] «[les autochtones] avaient la possession [de la zone de pêche] avant l’arrivée des Européens et qu’ils y avaient, pendant une longue période, joué un rôle et exercé des activités de pêche considérables. [. . .] Nous ne sommes pas en présence, en l’espèce, d’un droit de passage mais plutôt d’un mode de vie». En l’espèce, le juge Rothman a statué, à la p. 1039, que les faits constatés par le juge du procès permettaient de démontrer l’existence du droit ancestral des Mohawks de pêcher pour se nourrir dans le lac Saint-François:

[TRADUCTION] Les faits constatés par le juge du procès et par la Cour supérieure établissent que, même si les ancêtres des Mohawks de Saint-Régis sont initialement venus de la région du lac George dans le nord de l’État de New York, ils chassaient et pêchaient dans la région du haut Saint-Laurent, y compris dans le lac Saint-François, depuis au moins 1603 et probablement même avant. Selon le professeur Trigger, les Mohawks ont effectivement occupé et contrôlé ce territoire — et aucune autre tribu indienne n’a cherché à les en évincer, et ils ont exercé leurs droits ancestraux sans aucune opposition de la part des Français. Suivant le professeur Parent, ils étaient déjà ici à l’arrivée des Français, et ils étaient probablement arrivés entre 1470 et 1490 apr. J.-C.

Le juge Rothman a aussi conclu que rien ne tendait à indiquer que, en 1888, lorsqu’ils ont volontaire-

rily ceded the lands of the fishing area, they also intended to give up their aboriginal rights to fish in the area.

23 Rothman J.A. held that the Mohawks' right to fish was violated by s. 4(1). There was no evidence that the government's regulatory scheme was aimed at conservation (the issuance of a permit did not depend on any concerns of conservation) and the scheme did not include any allocation system to ensure that Indians were given priority in the fishery.

IV. Grounds of Appeal

24 Leave to appeal to this Court was granted on December 9, 1993 ([1993] 4 S.C.R. v). On June 22, 1994 the following constitutional question was stated:

Is s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, as they read on May 7, 1982, of no force or effect with respect to appellant in the circumstances of these proceedings in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in holding that aboriginal fishing rights could not exist where there was no aboriginal title; moreover, the appellant argued that on the facts of this case such a fishing right had been shown to exist. The appellant appealed on the further basis that the Court of Appeal erred in holding that the Mohawks did not have aboriginal title to the fishing area; the appellant argued that such title did exist and that an aboriginal right to fish arose as an incident to that title.

V. Analysis

Aboriginal Title and Aboriginal Rights

25 As was noted at the outset, the fundamental question to be answered in this case is as to whether a claim to an aboriginal right to fish must rest in a claim to aboriginal title to the area in which the fishing took place. In other words, this Court must determine whether aboriginal rights

ment cédé les terres de la zone de pêche, les Mohawks entendaient également abandonner leurs droits de pêche ancestraux à cet endroit.

Le juge Rothman a statué que le par. 4(1) portait atteinte au droit de pêche des Mohawks. Il n'existait aucune preuve que le régime de réglementation du gouvernement visait la conservation (la délivrance des permis n'était liée à aucune préoccupation en matière de conservation), et ce régime ne comportait aucun mécanisme de répartition visant à assurer la priorité aux Indiens dans la pêche.

IV. Les moyens d'appel

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 9 décembre 1993 ([1993] 4 R.C.S. v). Le 22 juin 1994, la question constitutionnelle suivante a été formulée:

Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, dans sa version du 7 mai 1982, est-il inopérant en ce qui concerne l'appelant dans les circonstances de l'espèce, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux des peuples autochtones, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l'appelant a invoqués?

L'appelant se pourvoit pour le motif que la Cour d'appel a fait erreur en statuant que les droits ancestraux de pêche ne pouvaient exister en l'absence d'un titre aborigène. Il a en outre plaidé que, à la lumière des faits de l'espèce, l'existence d'un tel droit de pêche avait été établie. L'appelant se pourvoit également sur le fondement que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les Mohawks ne détenaient pas de titre aborigène sur la zone de pêche. Il a soutenu que ce titre existait effectivement et qu'un droit de pêche ancestral accessoire est venu se greffer à celui-ci.

V. Analyse

Le titre aborigène et les droits ancestraux

Comme il a été indiqué au début, la question fondamentale qui doit être tranchée en l'espèce est de savoir si la revendication d'un droit de pêche ancestral doit reposer sur la revendication du titre aborigène sur le territoire où la pêche a été pratiquée. En d'autres mots, notre Cour doit déterminer

are inherently based in aboriginal title to the land, or whether claims to title to the land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights. The reasons of this Court in *Van der Peet* demonstrate that it is the latter characterization of the relationship between aboriginal rights and aboriginal title that is correct.

In *Van der Peet*, at para. 43, aboriginal rights were said to be best understood as:

... first, the means by which the Constitution recognizes the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as, second, the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory.

From this basis the Court went on to hold, at para. 46, that aboriginal rights are identified through the following test:

... in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right.

What this test, along with the conceptual basis which underlies it, indicates, is that while claims to aboriginal title fall within the conceptual framework of aboriginal rights, aboriginal rights do not exist solely where a claim to aboriginal title has been made out. Where an aboriginal group has shown that a particular practice, custom or tradition taking place on the land was integral to the distinctive culture of that group then, even if they have not shown that their occupation and use of the land was sufficient to support a claim of title to the land, they will have demonstrated that they have an aboriginal right to engage in that practice, custom or tradition. The *Van der Peet* test protects activities which were integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right; it does not require that that group satisfy the further hurdle of demonstrating that their connection with the piece of land on which the activity was taking place was of a central significance to their distinc-

si les droits ancestraux se rattachent intrinsèquement au titre aborigène sur le territoire visé, ou si les revendications territoriales ne sont que la manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux. Les motifs de notre Cour dans *Van der Peet* démontrent que c'est cette dernière caractérisation du rapport entre les droits ancestraux et le titre aborigène qui est la bonne.

Dans *Van der Peet*, notre Cour a affirmé, au par. 43, que la meilleure façon de décrire les droits ancestraux est de dire qu'ils sont:

... premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien.

S'appuyant sur ce fondement, la Cour a poursuivi en concluant, au par. 46, que le critère suivant est appliqué pour déterminer l'existence de droits ancestraux:

... pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.

Il ressort de ce critère, ainsi que du fondement conceptuel sur lequel il repose, que même si les revendications d'un titre aborigène s'inscrivent dans le cadre conceptuel des droits ancestraux ces droits n'existent pas uniquement dans les cas où le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène a été établi. Lorsqu'un groupe autochtone démontre qu'une coutume, pratique ou tradition particulière pratiquée sur le territoire concerné faisait partie intégrante de sa culture distinctive, ce groupe aura alors prouvé qu'il a le droit ancestral de s'adonner à cette coutume, pratique ou tradition, même s'il n'a pas établi qu'il a occupé et utilisé suffisamment le territoire en question pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Le critère établi dans *Van der Peet* protège les activités qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en cause. Il n'exige pas que ce groupe franchisse l'obstacle supplémentaire que constituerait la

tive culture sufficient to make out a claim to aboriginal title to the land. *Van der Peet* establishes that s. 35 recognizes and affirms the rights of those peoples who occupied North America prior to the arrival of the Europeans; that recognition and affirmation is not limited to those circumstances where an aboriginal group's relationship with the land is of a kind sufficient to establish title to the land.

27 To understand why aboriginal rights cannot be inexorably linked to aboriginal title it is only necessary to recall that some aboriginal peoples were nomadic, varying the location of their settlements with the season and changing circumstances. That this was the case does not alter the fact that nomadic peoples survived through reliance on the land prior to contact with Europeans and, further, that many of the practices, customs and traditions of nomadic peoples that took place on the land were integral to their distinctive cultures. The aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) should not be understood or defined in a manner which excludes some of those the provision was intended to protect.

28 Moreover, some aboriginal peoples varied the location of their settlements both before and after contact. The Mohawks are one such people; the facts accepted by the trial judge in this case demonstrate that the Mohawks did not settle exclusively in one location either before or after contact with Europeans. That this is the case may (although I take no position on this point) preclude the establishment of aboriginal title to the lands on which they settled; however, it in no way subtracts from the fact that, wherever they were settled before or after contact, prior to contact the Mohawks engaged in practices, customs or traditions on the land which were integral to their distinctive culture.

démonstration que le rapport qu'il entretient avec le territoire sur lequel l'activité se déroulait avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale suffisante pour établir le bien-fondé d'une revendication visant le titre sur ce territoire. L'arrêt *Van der Peet* établit que l'art. 35 reconnaît et confirme les droits des peuples qui occupaient l'Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens, et que cette reconnaissance et cette confirmation ne se limitent pas uniquement aux circonstances où le groupe autochtone entretient avec le territoire visé des rapports suffisants pour établir l'existence d'un titre sur celui-ci.

Afin de comprendre pourquoi les droits ancestraux ne peuvent être inexorablement liés à un titre aborigène, il suffit de rappeler que certains peuples autochtones étaient nomades et que l'emplacement de leurs établissements variait en fonction des saisons et des circonstances. Cela ne change rien au fait que les peuples nomades ont survécu en exploitant le territoire avant le contact avec les Européens, et que bon nombre des coutumes, pratiques et traditions observées par ces peuples nomades sur le territoire en question faisaient partie intégrante de leur culture distinctive. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) ne devraient pas être interprétés ou définis d'une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger.

En outre, tant avant qu'après le contact avec les Européens, certains peuples autochtones changeaient l'emplacement de leurs établissements. C'était notamment le cas des Mohawks. Les faits acceptés par le juge du procès démontrent que les Mohawks ne se sont pas établis exclusivement à un endroit, que ce soit avant ou après le contact avec les Européens. Ce fait (quoique je ne me prononce pas sur ce point) pourrait faire obstacle à la preuve de l'existence d'un titre aborigène sur les terres où ils se sont établis. Cependant, cela n'enlève rien au fait que, peu importe où ils se sont établis avant ou après le contact avec les Européens, les Mohawks observaient sur le territoire en question, avant ce contact, des coutumes, pratiques et traditions qui faisaient partie intégrante de leur culture distinctive.

Finally, I would note that the Court in *Van der Peet* did address itself to this question, holding at para. 74 that:

Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights. [Emphasis in original.]

This analysis supports the position adopted here.

The recognition that aboriginal title is simply one manifestation of the doctrine of aboriginal rights should not, however, create the impression that the fact that some aboriginal rights are linked to land use or occupation is unimportant. Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land. For example, if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to, the right to hunt on the specific tract of land. A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question.

Enfin, je tiens à souligner que notre Cour a effectivement examiné cette question dans *Van der Peet*, au par. 74:

Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux. [Souligné dans l'original.]

Cette analyse étaye la position adoptée en l'espèce.

Le fait de reconnaître que le titre aborigène est simplement une manifestation de la doctrine des droits ancestraux ne devrait toutefois pas créer l'impression que le fait que certains droits ancestraux soient liés à l'utilisation ou à l'occupation d'un territoire n'est pas important. En effet, même si un droit ancestral s'attache à une parcelle de terrain dont le titre n'appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique. Par exemple, si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l'époque, le droit de chasse ancestral — même s'il existe indépendamment du titre sur cette parcelle de terrain — est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. Un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas, du seul fait qu'il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n'importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question.

*Aboriginal Rights and The Colony of New France**Les droits ancestraux et la colonie de Nouvelle-France*

31 The respondent raises another important question concerning the doctrine of aboriginal rights under s. 35(1). The aboriginal right to fish claimed in this instance relates to a tract of territory, specifically Lake St. Francis, which falls within the boundaries of New France prior to 1763. The respondent argues that this claimed right should be rejected as the French colonial regime never legally recognized the existence of aboriginal title or any incident aboriginal right to fish prior to the commencement of British sovereignty.

L'intimée soulève une autre question importante relativement à la doctrine des droits ancestraux visés au par. 35(1). Le droit de pêche ancestral revendiqué en l'espèce se rattache à un territoire — plus précisément le lac Saint-François — qui était situé à l'intérieur des limites de la Nouvelle-France avant 1763. L'intimée soutient que la revendication de ce droit devrait être rejetée puisque le régime colonial français n'a jamais légalement reconnu l'existence du titre aborigène ou de quelque droit de pêche ancestral accessoire avant l'affirmation de la souveraineté britannique.

32 Under the British law governing colonization, the Crown assumed ownership of newly discovered territories subject to an underlying interest of indigenous peoples in the occupation and use of such territories. By contrast, it is argued that under the French regime of colonization, the French monarch assumed full and complete ownership of all newly discovered territories upon discovery and symbolic possession. In the absence of a specific concession, colonists and aboriginal peoples were only entitled to enjoy the use of the land through the grace and charity of the French monarch, but not by any recognized legal right. As the respondent explained its position:

En vertu du droit britannique régissant la colonisation, la Couronne devenait propriétaire des territoires nouvellement découverts, sous réserve de l'intérêt sous-jacent des peuples autochtones d'occuper et d'utiliser ces territoires. À l'opposé, on prétend que, en vertu du régime de colonisation français, le monarque français acquérait la propriété pleine et entière de tous les territoires nouvellement découverts, dès leur découverte et leur prise de possession symbolique. En l'absence d'une concession spécifique, les colonisateurs et les peuples autochtones n'avaient le droit de jouir de l'utilisation des terres que par les bonnes grâces et la bienveillance du monarque français, et non en vertu de quelque droit légal reconnu. Comme l'a expliqué l'intimée:

[TRANSLATION] In establishing its sovereignty, France established a legal regime in which the ownership of land and fishing rights belonged to the Crown from the point of departure. This translated into a general presumption of non-concession from the public domain, a presumption which went against the recognition of any right outside the terms of the specific concession.

En établissant sa souveraineté, la France a mis en place un régime juridique où tant les titres territoriaux que les droits de pêche appartenaient dès le point de départ à la Couronne. Ceci se traduisait par une présomption générale de non concession du domaine public, présomption qui va à l'encontre de la reconnaissance de quelque droit hormis une concession spécifique à cet égard.

[In this instance, it] was only through the tolerance of the French Crown and the absence of a specific concession that the Mohawks were able to establish themselves

[Dans le cas qui nous intéresse,] [c]'est par tolérance de la Couronne française et sans concession spécifique que les Mohawks se sont installés à Saint-Régis en

in St. Regis in 1754. One therefore cannot contend that the Mohawks were conceded a right to fish in Lake St. Francis.

The hypothesis of an informal concession must be equally rejected. The fishing activities which the Mohawks might have exercised on the relevant territory effectively represented a general public freedom to fish and not a more particular right recognized or conferred by the French authorities to the Mohawks of St. Regis.

In brief, the respondent submits that regardless of the actual fishing practices of the Mohawks both prior to and during the French regime, the French Crown never formally recognized any legal right of the Mohawks to fish in Lake St. Francis, and thus no such right was received into the common law with the transition to British sovereignty in 1763.

For the reasons developed in *Côté, supra*, this argument must be rejected. The respondent's characterization of the status of aboriginal rights under French colonial law is open to question, although, as in *Côté*, I need not decide the point here. What is important is that, as explained in *Van Der Peet, supra*, the purpose of the entrenchment of s. 35(1) was to extend constitutional protection to the practices, customs and traditions central to the distinctive culture of aboriginal societies prior to contact with Europeans. If the exercise of such practices, customs and traditions effectively continued following contact in the absence of specific extinguishment, such practices, customs and traditions are entitled to constitutional recognition subject to the infringement and justification test outlined in *Sparrow, supra*, and more recently, in *Gladstone, supra*. The fact that a particular practice, custom or tradition continued following the arrival of Europeans, but in the absence of the formal gloss of legal recognition from the European colonizers, should not undermine the protection accorded to aboriginal peoples. Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features

1754. On ne peut ainsi prétendre à la concession d'un droit de pêche dans le lac Saint-François.

L'hypothèse d'une concession informelle doit également être rejetée. Les activités de pêche qu'ont pu exercer les Mohawks sur le territoire pertinent relevaient en effet d'une liberté générale de pêcher et non pas d'un droit plus particulièrement reconnu ou conféré par les autorités françaises aux Mohawks de Saint-Régis.

Bref, l'intimée affirme que, indépendamment des pratiques de pêche auxquelles se sont adonnés concrètement les Mohawks tant avant que pendant le régime français, la Couronne française n'a jamais formellement reconnu aux Mohawks quelque droit légal de pêcher dans le lac Saint-François, et que, en conséquence, un tel droit n'a pas été reçu dans la common law par suite de la transition à la souveraineté britannique en 1763.

Pour les motifs exposés dans *Côté, précité*, cet argument doit être rejeté. La façon dont l'intimée caractérise le statut des droits ancestraux en droit colonial français est discutable, quoique, tout comme dans *Côté*, je n'aie pas besoin de trancher cette question en l'espèce. Ce qui importe c'est le fait que, comme il a été expliqué dans *Van der Peet, précité*, l'objet de la constitutionnalisation des droits visés au par. 35(1) était d'étendre la protection de la Constitution aux coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones avant le contact avec les Européens. Si l'exercice de ces coutumes, pratiques et traditions s'est effectivement poursuivi après le contact, en l'absence d'extinction spécifique, ces coutumes, pratiques et traditions ont droit à cette protection sous réserve de l'application des critères relatifs à l'atteinte et à la justification énoncés dans *Sparrow, précité*, et plus récemment dans *Gladstone, précité*. Le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par les colonisateurs européens, ne doit pas saper la protection accordée aux peuples autochtones. Le noble objet visé par le

which were fortunate enough to have received the legal approval of British and French colonizers.

The Van der Peet Test

34 I now turn to the claim made by the appellant in this case. The appellant argues that the Mohawks have an aboriginal right to fish in Lake St. Francis. In order to succeed in this argument the appellant must demonstrate that, pursuant to the test laid out by this Court in *Van der Peet*, fishing in Lake St. Francis was “an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture” of the Mohawks. For the reasons given below, I am of the view that the appellant has satisfied this test. Given that this is so, it will be unnecessary to address the appellant’s argument that the Mohawks have aboriginal title to the lands in the fishing area that gives rise to an incidental right to fish there. The appellant himself rests his claim primarily on the existence of a free-standing aboriginal right to fish in Lake St. Francis; since I accept this argument it is unnecessary to consider any subsidiary arguments the appellant makes.

35 The first stage in the application of the *Van der Peet* test requires the Court to determine the precise nature of the claim being made, taking into account such factors as the nature of the action said to have been done pursuant to an aboriginal right, the government regulation argued to infringe the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right.

36 In this case, the appellant’s claim is best characterized as a claim for the right to fish for food in Lake St. Francis. First, Francis Lickers, a biologist working for the St. Regis band, testified at trial that the [TRANSLATION] “Indians used perch for food in the winter and caught the fish during sum-

par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé si cette disposition ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu’elles soient reconnues légalement par les colonisateurs français et britanniques.

Le critère établi dans Van der Peet

Je vais maintenant examiner la revendication présentée par l’appelant en l’espèce. Ce dernier soutient que les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François. Pour que cet argument soit retenu, l’appelant doit démontrer, conformément au critère énoncé par notre Cour dans *Van der Peet*, que la pêche dans le lac Saint-François est «un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive» des Mohawks. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que l’appelant a satisfait à ce critère. Cela étant, il ne sera pas nécessaire d’examiner l’argument de l’appelant que les Mohawks possèdent, à l’égard du territoire où se trouve la zone de pêche, un titre aborigène auquel se greffe un droit accessoire de pêcher à cet endroit. L’appelant lui-même fonde sa revendication principalement sur l’existence d’un droit de pêche ancestral autonome dans le lac Saint-François. Étant donné que je retiens cet argument de l’appelant, je n’ai pas à examiner ses arguments subsidiaires.

Conformément à la première étape de l’application du critère formulé dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer la nature précise de la revendication présentée, en tenant compte de facteurs tels que la nature de l’acte qui aurait été accompli en vertu d’un droit ancestral, le règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l’existence du droit.

En l’espèce, la meilleure façon de caractériser la revendication de l’appelant est de dire qu’il revendique le droit de pêcher dans le lac Saint-François pour se nourrir. Premièrement, Francis Lickers, biologiste travaillant pour la bande de Saint-Régis, a témoigné au procès que «les Amérindiens se ser-

mer in order to store it for the winter” (emphasis added). There was no suggestion that the perch caught by the appellant was to be used for any purpose other than to meet the food requirements of the appellant and his band. Second, the regulation under which the appellant was charged prohibits all fishing without a licence, whether for food or any other purpose; the only manner in which an Indian food fishing licence can be issued is by an act of ministerial discretion under s. 5(9) of the Regulations, a provision which the appellant challenges the constitutional validity of. The breadth of this scheme, and the limits it places on the aboriginal food fishery, support the characterization of the appellant’s essential challenge as to the prohibition of food fishing. Finally, all the evidence presented at trial to support the appellant’s claim was directed at demonstrating that it was a custom of the Mohawks to rely on the perch in Lake St. Francis for food. The evidence was not directed towards demonstrating any other use of the fish, for example use for ceremonial or commercial purposes.

The second stage of the *Van der Peet* analysis requires the Court to determine whether the activity claimed to be an aboriginal right is part of a practice, custom or tradition which was, prior to contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the aboriginal people in question. The Court must determine in this case, therefore, whether fishing for food in Lake St. Francis was a central, significant or defining feature of the distinctive culture of the Mohawks.

In making this determination the normal approach of this Court — and that followed in *Van der Peet*, *N.T.C. Smokehouse Ltd.* and *Gladstone* — is to rely on the findings of fact made by the trial judge and to assess whether those findings of

vent de la perchaude en tant qu’aliment pour l’hiver qui sera capturée pendant l’été et entreposée pour usage pendant l’hiver» (je souligne). Il n’a pas été plaidé que la perchaude capturée par l’appelant allait être utilisée à une autre fin que celle de répondre aux besoins alimentaires de l’appelant et des membres de la bande dont il fait partie. Deuxièmement, le règlement en vertu duquel les accusations ont été portées contre l’appelant interdit à quiconque de pêcher sans permis, que ce soit à des fins alimentaires ou autres. La seule manière pour les Indiens d’obtenir la délivrance d’un permis de pêche à des fins alimentaires est de demander au ministre d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 5(9) du Règlement à cet égard, disposition dont l’appelant attaque la validité constitutionnelle. La portée de ce régime et les limites qu’il impose à la pêche alimentaire des autochtones étaient la façon de caractériser la contestation principale de l’appelant visant l’interdiction de pêcher à des fins alimentaires. Enfin, l’ensemble de la preuve présentée au procès au soutien de la revendication de l’appelant visait à établir que les Mohawks avaient comme coutume de pêcher la perchaude dans le lac Saint-François pour se nourrir. Cette preuve ne tendait pas à démontrer que le poisson était utilisé à quelque autre fin, par exemple à des fins rituelles ou commerciales.

Suivant la deuxième étape de l’analyse énoncée dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer si l’activité qui, prétend-on, serait un droit ancestral, est un élément d’une coutume, pratique ou tradition qui, avant le contact avec les Européens, faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive du peuple autochtone en question. En l’espèce, notre Cour doit donc déterminer si la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le lac Saint-François était une caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la culture distinctive des Mohawks.

Pour trancher cette question, l’approche appliquée normalement par notre Cour — et celle suivie dans les arrêts *Van der Peet*, *N.T.C. Smokehouse Ltd.* et *Gladstone* — consiste à s’en remettre aux conclusions de fait du juge du procès et à se

37

38

fact (if not made as a result of a clear and palpable error) support the claim that an activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal people in question. In this case, however, in deciding that the appellant had an aboriginal right to fish in Lake St. Francis, the trial judge did not explicitly articulate the findings of fact on which this decision was based. With regards to this question the trial judge said at pp. 139-40:

[TRANSLATION] In addition to their rights over their lands, the Mohawks have always had and have always exercised a right of hunting and fishing on the St. Lawrence River and in particular on Lake St. Francis in this part situated in the southwest area of this lake and where there are numerous islands and very vast marshes.

This right of hunting and fishing is distinct from the right of use of their lands. This right can be exercised over vast territories and even over lands belonging to the Crown.

This was a hunting and fishing territory situated in the immediate neighbourhood of their village and which is part of an easily identifiable whole.

The trial judge thus came to a clear legal conclusion on the issue of whether the Mohawks have an aboriginal right to fish in the area but did not articulate the facts on which this legal conclusion is based. In his consideration of the aboriginal title issue *Barrette Ct. S.P.J.* did articulate his findings of fact regarding the Mohawks' historical presence on the lands of the fishing area; however, these findings do not relate specifically to, and nor are they determinative of, the question of whether the reliance on fish in the St. Lawrence River and Lake St. Francis as a source of food was a significant part of the life of the Mohawks prior to contact.

demander si ces conclusions (à condition qu'elles ne résultent pas d'une erreur manifeste et dominante) étayent la prétention qu'une activité est un aspect d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question. En l'espèce, toutefois, lorsqu'il a décidé que l'appelant possédait un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François, le juge du procès n'a pas énoncé explicitement les conclusions de fait sur lesquelles sa décision était fondée. Relativement à cette question, il a dit ceci:

En plus de leurs droits sur leurs terres, les Mohawks ont toujours eu et ont toujours exercé un droit de chasse et de pêche sur le fleuve St-Laurent et en particulier sur le Lac St-François, dans cette partie située au sud-ouest de ce lac et où se trouvent de nombreuses îles et de très vastes marais.

Ce droit de chasse et de pêche est distinct du droit d'occupation de leurs terres. Il peut s'exercer sur de vastes territoires et même sur des biens appartenant à la Couronne.

Il s'est agi pour eux d'un territoire de chasse et de pêche situé dans le voisinage immédiat de leur village et qui fait partie d'un tout homogène facilement identifiable.

Le juge du procès a donc tiré une conclusion de droit claire sur la question de savoir si les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans la zone en question, mais il n'a pas exposé les faits sur lesquels repose cette conclusion. Dans son examen de la question du titre aborigène, le juge Barrette de la Cour des sessions de la paix a bien énoncé ses conclusions de fait concernant la présence historique des Mohawks sur les terres où est située la zone de pêche, mais ces conclusions ne se rapportent pas spécifiquement à la question de savoir si l'exploitation du poisson dans le fleuve Saint-Laurent et le lac Saint-François comme source alimentaire était un aspect important de la vie des Mohawks avant le contact avec les Européens, et elles ne sont pas déterminantes à cet égard.

Le fait que le juge du procès n'a pas formulé de conclusions de fait explicites sur cette question n'a rien d'étonnant puisqu'il s'est prononcé sans

That the trial judge did not make explicit findings of fact on this question is not surprising given that he was writing entirely without any guidance

from this Court on the factual basis necessary for determining whether an aboriginal right under s. 35(1) has been demonstrated; however, that he did not do so means that in this appeal the Court cannot rely entirely on his reasons to determine whether the Mohawks have demonstrated the existence of an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis. That the Court cannot do so is not, however, fatal to the appeal. At trial testimony was received from two expert witnesses: Dr. Bruce Trigger for the appellant and Dr. Rénaud Parent for the respondent. The testimony of these two witnesses, despite being contradictory in some respects, provides a sufficient basis for this Court to review, and to uphold, the trial judge's conclusion that the Mohawks have a right to fish for food in Lake St. Francis.

Dr. Trigger, an anthropologist and a recognized expert on the history of the Huron people during the period prior to 1660, was the key expert witness for the appellant. In light of the shared linguistic heritage of the Hurons and the Mohawks, the similar economies of the two peoples, and the complex relationship between the Huron and the Mohawk (the precise nature of which we need not closely examine in this appeal), Trigger's studies closely followed the history of the Mohawks in the upper St. Lawrence Valley prior to 1660. In his examination in chief, Trigger testified that between 1000 and 1500 AD the upper St. Lawrence Valley encompassing Lake St. Francis was occupied by an Iroquois speaking people of a lineage distinct from that of the Mohawks and the other members of the Five Nations. In 1535, when Cartier travelled to Montreal, he encountered this people and documented their distinct language. At the time, the Mohawks generally occupied a region south of Montreal and extending into New York state, while the Hurons generally occupied a region west of Montreal extending into Ontario. However, Trigger testified that by 1600, this distinct Iroquois people had effectively become extinct, presumably as a result of war. Thus, at that time, there was no

aucune indication de notre Cour quant au fondement factuel requis pour déterminer si l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) a été démontrée. Cependant, le fait que le juge du procès n'a pas formulé de telles conclusions emporte que notre Cour ne peut s'en remettre entièrement aux motifs de ce dernier pour décider si les Mohawks ont établi l'existence d'un droit ancestral de pêcher dans le lac Saint-François pour se nourrir. Que notre Cour ne puisse le faire n'est toutefois pas fatal pour les fins du présent pourvoi. Deux témoins experts ont déposé au procès: M. Bruce Trigger pour l'appellant et M. Rénaud Parent pour l'intimée. Bien que les témoignages de ces deux experts se contredisent à certains égards, ils constituent néanmoins un fondement suffisant pour permettre à notre Cour d'examiner et de confirmer la conclusion du juge du procès que les Mohawks ont le droit de pêcher dans le lac Saint-François pour se nourrir.

M. Trigger, anthropologue et expert de l'histoire huronne antérieure à 1660, a été le principal témoin expert de l'appellant. Compte tenu du patrimoine linguistique que partagent les Hurons et les Mohawks, des économies similaires de ces deux peuples et des rapports complexes qu'ils entretenaient (dont nous n'avons pas besoin d'examiner la nature précise dans le présent pourvoi), M. Trigger a, dans ses travaux, suivi de près l'histoire des Mohawks dans la vallée du haut Saint-Laurent avant 1660. Au cours de l'interrogatoire principal, M. Trigger a témoigné que, entre les années 1000 et 1500 apr. J.-C., la vallée du haut Saint-Laurent, qui inclut le lac Saint-François, était occupée par un peuple de langue iroquoise d'une lignée distincte de celle des Mohawks et des autres membres des Cinq-Nations. En 1535, lorsque Cartier s'est rendu à Montréal, il a rencontré ce peuple et a fait état dans ses comptes rendus de la langue distincte parlée par ce peuple. De façon générale, à l'époque, les Mohawks occupaient une région qui était située au sud de Montréal et s'étendait jusque dans l'État de New York, alors que les Hurons occupaient une région qui était située à l'ouest de Montréal et s'étendait jusqu'en Ontario. Cependant, M. Trigger a témoigné que, en 1600, ce peu-

longer any significant Iroquois group which occupied the Lake St. Francis region.

41 Trigger continued, stating that by the time of Champlain's visit in 1603, the Mohawks had begun to assert a presence in upper St. Lawrence Valley, along with the Hurons and the Algonquins. Territorial frictions eventually resulted in war between the Mohawks and a coalition of the Hurons, Algonquins and Etchemins (the "Laurentian Coalition"), and the region effectively became a battleground. But during this conflict, the Mohawks were able to exert dominance over the territory between Lake Ontario and Montreal. As Trigger testified, the records of French explorers indicate that the Hurons eventually refused to escort the explorers into the region as a result of the hostile Mohawk presence. Trigger stated his conclusions:

[TRANSLATION] On the basis of the evidence which is available, I have little difficulty in concluding that the St. Lawrence River between Montreal and Lake Ontario was controlled by the Iroquois and mostly by the Mohawks from the year 1603 and possibly a number of years or possibly numerous decades during the course of the first half of the 17th century.

42 The respondent's key expert witness was Dr. Parent, a historian whose research activities covered aspects of the history of First Nations within New France during the 17th century. Parent generally accepted Trigger's characterization of the area as the subject of conflict between the Mohawks (whom he preferred to characterize as the "Agniers") and the Laurentian Coalition during the first part of the century. But he testified that in his interpretation of the documentary evidence, the Laurentian Coalition was generally successful between 1603 and 1628 in keeping the Five Nations of the Iroquois out of the upper St. Lawrence Valley. In his view, it was only during the period between 1632 and 1653, that the Mohawks

ple iroquois distinct avait effectivement disparu, probablement en raison de guerres. En conséquence, à cette époque, il n'y avait plus de groupe iroquois d'importance occupant la région du lac Saint-François.

M. Trigger a poursuivi en déclarant que, lorsque Champlain a visité la région en 1603, les Mohawks avaient commencé à faire sentir leur présence dans la vallée du haut Saint-Laurent, tout comme les Hurons et les Algonquins. Des frictions territoriales ont finalement donné lieu à une guerre entre les Mohawks et une coalition formée des Hurons, des Algonquins et des Etchemins (la «Coalition laurentienne»), et la région est effectivement devenue un champ de bataille. Cependant, au cours de ce conflit, les Mohawks ont été en mesure d'exercer leur maîtrise sur le territoire situé entre le lac Ontario et Montréal. Comme l'a affirmé M. Trigger dans son témoignage, les comptes rendus des explorateurs français indiquent que les Hurons ont, à partir d'un certain moment, refusé d'escorter les explorateurs français dans cette région en raison de la présence de Mohawks hostiles. M. Trigger a tiré les conclusions suivantes:

Sur la base de toute la preuve qui est disponible je n'ai aucune difficulté de conclure que le fleuve St-Laurent entre Montréal et le lac Ontario était contrôlé par les Iroquois et la plupart par les Mohawks de l'année 1603 et possiblement quelques années ou possiblement aussi quelques décennies avant certainement à travers la première moitié du 17^e siècle.

L'intimée a fait déposer comme principal témoin expert M. Rénald Parent, historien dont les recherches ont porté sur des aspects de l'histoire des premières nations en Nouvelle-France au cours du XVII^e siècle. M. Parent a dit être généralement d'accord avec l'affirmation de M. Trigger que la région avait été l'objet de conflits entre les Mohawks (qu'il a préféré appeler les «Agniers») et la Coalition laurentienne au cours de la première partie de ce siècle. Toutefois, il a témoigné que, d'après son interprétation de la preuve documentaire, la Coalition laurentienne était de façon générale parvenue, entre 1603 et 1628, à maintenir la ligue iroquoise des Cinq-Nations hors de la vallée du haut Saint-Laurent. À son avis, ce n'est

were able to gain the military initiative and to assert control over the area. However, he reiterated that during this period the region was best characterized as a war zone.

With regards to the specific activities of the Mohawks within the upper St. Lawrence Valley during the first half of the 17th century, Trigger testified that the Mohawks and the Unidas (of the Five Nations) had used the region as a hunting and fishing ground, and that this usage was recognized by other aboriginal peoples, including members of the Laurentian Coalition. Parent, on the other hand, concluded that the Mohawks used the territory in question solely for war purposes, passing through the land on their way to raiding villages north and east of the river. The Mohawks hunted and fished during these campaigns, but the lands did not constitute hunting and fishing grounds for them.

The general picture presented by the testimony of Parent and Trigger, when considered together, is that prior to 1603 it is unclear which aboriginal peoples made use of the St. Lawrence Valley, although there is evidence to suggest that at that time the lands were occupied in part by a group of Iroquois unrelated to the Mohawks. From 1603 to the 1650s the area was the subject of conflict between various aboriginal peoples, including the Mohawks. During this period the Mohawks clearly fished for food in the St. Lawrence River, either because the Mohawks exercised military control over the region and adopted the territory as fishing and hunting grounds, or because the Mohawks conducted military campaigns in the region during which they were required to rely on the fish in the St. Lawrence River and Lake St. Francis for sustenance.

This general picture, regardless of the uncertainty which arises because of the witnesses' conflicting characterizations of the Mohawks' control and use over this area from 1603 to 1632, supports the trial judge's conclusion that the Mohawks have an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis. Either because reliance on the fish in

qu'entre 1632 et 1653 que les Mohawks ont réussi à prendre le dessus militairement et à contrôler cette région. Cependant, M. Parent a réitéré que la meilleure façon de décrire la région à l'époque était de la qualifier de zone de guerre.

En ce qui concerne les activités spécifiques des Mohawks dans la vallée du haut Saint-Laurent au cours de la première moitié du XVII^e siècle, M. Trigger a témoigné que les Mohawks et les Unidas (de la ligue des Cinq-Nations) avaient utilisé cette région comme secteur de chasse et de pêche, et que cette utilisation était reconnue par d'autres peuples autochtones, y compris des membres de la Coalition laurentienne. Par contre, M. Parent a conclu que les Mohawks utilisaient le territoire en question uniquement pour faire la guerre, le traversant pour faire des incursions dans les villages situés au nord et à l'est du fleuve, mais que ces terres n'étaient pas pour eux des secteurs de chasse et de pêche.

Il ressort du tableau général dépeint par les témoignages de MM. Parent et Trigger qu'il est impossible de dire avec certitude quels sont les peuples autochtones qui exploitaient la vallée du Saint-Laurent avant 1603. Cependant, il existe des éléments de preuve qui tendent à indiquer que, à cette époque, les terres étaient occupées en partie par un groupe d'Iroquois n'ayant aucun lien avec les Mohawks. De 1603 jusqu'aux années 1650, cette région a été le théâtre de conflits entre divers peuples autochtones, dont les Mohawks. Il est clair que, durant cette période, les Mohawks ont pêché dans le fleuve Saint-Laurent pour se nourrir, soit parce qu'ils contrôlaient militairement la région et l'avaient adoptée comme territoire de chasse et de pêche, soit parce qu'ils y menaient des campagnes militaires au cours desquelles ils devaient pêcher dans le Saint-Laurent et le lac Saint-François pour se nourrir.

Malgré l'incertitude découlant des descriptions contradictoires qu'ont données les témoins du contrôle exercé sur cette région par les Mohawks de 1603 à 1632, et de l'utilisation qu'en faisaient ces derniers, ce tableau général appuie la conclusion du juge du procès que les Mohawks ont le droit ancestral de pêcher dans le lac Saint-François pour

43

44

45

the St. Lawrence River for food was a necessary part of their campaigns of war, or because the lands of this area constituted Mohawk hunting and fishing grounds, the evidence presented at trial demonstrates that fishing for food in the St. Lawrence River and, in particular, in Lake St. Francis, was a significant part of the life of the Mohawks from a time dating from at least 1603 and the arrival of Samuel de Champlain into the area. The fish were not significant to the Mohawks for social or ceremonial reasons; however, they were an important and significant source of subsistence for the Mohawks.

46

This conclusion is sufficient to satisfy the *Van der Peet* test. The arrival of Samuel de Champlain in 1603, and the consequent establishment of effective control by the French over what would become New France, is the time which can most accurately be identified as "contact" for the purposes of the *Van der Peet* test. The evidence presented clearly demonstrates that from that time fishing for food in the fishing area was a significant part of the Mohawks' life. Further, where there is evidence that at the point of contact a practice was a significant part of a group's culture (in this case fishing for food in the fishing area) then the aboriginal group will have demonstrated that the practice was a significant part of the aboriginal group's culture prior to contact. No aboriginal group will ever be able to provide conclusive evidence of what took place prior to contact (and here the witnesses agree that it is unclear which aboriginal peoples were fishing in the fishing area prior to 1603); evidence that at contact a custom was a significant part of their distinctive culture should be sufficient to demonstrate that prior to contact that custom was also a significant part of their distinctive culture. The appellant here has clearly demonstrated that at the time of contact fishing in the St. Lawrence River and Lake St. Francis for food was a significant part of the life of the Mohawks.

se nourrir. Que ce soit parce que la pêche dans le Saint-Laurent pour se nourrir était un aspect essentiel de leurs campagnes militaires ou encore parce que les terres de cette région constituaient des territoires de chasse et de pêche mohawks, la preuve présentée au procès démontre que la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le fleuve Saint-Laurent et plus particulièrement dans le lac Saint-François a constitué un élément important de la vie des Mohawks, au moins à compter de 1603 et de l'arrivée de Samuel de Champlain dans la région. Le poisson n'était pas important pour les Mohawks à des fins sociales ou rituelles, mais il était une importante denrée alimentaire.

Cette conclusion suffit pour satisfaire au critère établi dans *Van der Peet*. L'arrivée de Samuel de Champlain en 1603, et le contrôle effectif exercé en conséquence par les Français sur le territoire qui allait devenir la Nouvelle-France, est le moment qui correspond le plus précisément au «contact avec les Européens» pour l'application du critère établi dans *Van der Peet*. La preuve présentée démontre clairement que, à partir de ce moment, la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans la zone de pêche a constitué un élément important de la vie des Mohawks. Qui plus est, lorsqu'il existe des éléments de preuve établissant que, au moment du contact avec les Européens, une pratique constituait un élément important de la culture d'un groupe autochtone (en l'espèce la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans la zone de pêche), ce groupe a démontré que cette pratique constituait un élément important de sa culture avant le contact avec les Européens. Aucun groupe autochtone ne pourra jamais apporter de preuve concluante de ce qui s'est passé avant le contact avec les Européens (en l'espèce, les témoins conviennent qu'il est impossible de dire avec certitude quels étaient les peuples autochtones qui pêchaient dans la zone de pêche avant 1603). La preuve qu'une coutume constituait, au moment du contact avec les Européens, un élément important de la culture distinctive d'un peuple devrait suffire pour établir que cette coutume était également, avant le contact avec les Européens, un élément important de la culture distinctive de ce peuple. En l'espèce, l'appelant a clairement démontré que, au moment du

This is sufficient to demonstrate that it was so prior to contact.

As part of the second stage of the *Van der Peet* analysis, there must be “continuity” between aboriginal practices, customs and traditions that existed prior to contact and a particular practice, custom or tradition that is integral to aboriginal communities today: *Van der Peet, supra*, at para. 63; *Gladstone, supra*, at para. 28. This part of the *Van der Peet* test has been met as well. The evidence of numerous witnesses at the trial proves the existence of continuity. Francis Henry Lickers, a biologist, testified that according to the Mohawk, the practice of fishing had been going on for years and years. Reverend Thomas Eagan, a Jesuit Pastor at St. Regis, testified that before the establishment of the village of Akwesasne and while living at Akwesasne, the Mohawks used the area for hunting and fishing. This was the way of life of their ancestors, and these practices continued into the present. Chief Lawrence Francis testified that hunting and fishing have been practised by the Mohawks since time immemorial, and that the practice of fishing has not been interrupted. It was no doubt this testimony which led Barrette Ct. S.P.J. to make the finding of fact at trial that the Mohawks had and had always exercised a right to fish on the St. Lawrence River and in particular on Lake St. Francis.

Extinguishment

Having accepted the appellant’s claim that he was exercising an aboriginal right to fish in the fishing area, the Court must now consider whether, prior to 1982, that right was extinguished. In *Sparrow, supra*, the Court held that in order for an aboriginal right to be extinguished the Crown must demonstrate a “clear and plain intention” for such extinguishment. In this case, the Crown rests its argument that such an intention has been demon-

contact avec les Européens, la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le fleuve Saint-Laurent et le lac Saint-François était un élément important de la vie des Mohawks. Cela suffit pour démontrer que tel était également le cas avant le contact avec les Européens.

Dans le cadre du deuxième volet de l’analyse établie dans *Van der Peet*, il faut démontrer qu’il y a «continuité» entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et la coutume, pratique et tradition faisant partie intégrante de nos jours de la collectivité autochtone concernée: *Van der Peet*, précité, au par. 63; *Gladstone*, précité, au par. 28. Ce volet du critère établi dans *Van der Peet* a lui aussi été satisfait. La preuve apportée par de nombreux témoins au procès établit cette continuité. Francis H. Lickers, biologiste, a témoigné que, suivant les Mohawks, la pratique de la pêche avait cours depuis très longtemps. Le révérend Thomas Eagan, pasteur jésuite à Saint-Régis, a témoigné qu’avant l’établissement du village d’Akwesasne et pendant qu’ils vivaient à cet endroit les Mohawks chassaient et pêchaient dans ce territoire. C’était le mode de vie de leurs ancêtres, et ces pratiques se sont poursuivies jusqu’à nos jours. Le chef Lawrence Francis a témoigné que, de temps immémorial, les Mohawks pratiquent la chasse et la pêche, et qu’il n’y a jamais eu d’interruption de la pratique de la pêche. Il ne fait aucun doute que ce sont ces témoignages qui ont amené le juge Barrette, au procès, à tirer la conclusion de fait selon laquelle les Mohawks possédaient et avaient toujours exercé le droit de pêcher dans le fleuve Saint-Laurent et plus particulièrement dans le lac Saint-François.

Extinction

Puisqu’elle accepte la prétention de l’appelant qu’il exerçait un droit de pêche ancestral dans la zone de pêche, notre Cour doit maintenant se demander si ce droit a été éteint avant 1982. Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a statué que, pour qu’il y ait extinction d’un droit ancestral, le ministère public doit apporter la preuve d’«une intention claire et expresse» en ce sens. En l’espèce, le ministère public invoque deux événements au

47

48

strated on two events: the submersion of the lands constituting the fishing area in 1845 as part of the construction of the Beauharnois canal and the 1888 surrender agreement entered into between the Mohawks and the Crown in which the lands around the fishing area were surrendered to the Crown, in exchange for \$50,000 in compensation.

49 While these events may be adequate to demonstrate a clear and plain intention in the Crown to extinguish any aboriginal title to the lands of the fishing area, neither is sufficient to demonstrate that the Crown had the clear and plain intention of extinguishing the appellant's aboriginal right to fish for food in the fishing area. The enlargement of the body of water on which the appellant has the aboriginal right to fish for food does not relate to the existence of that right, let alone demonstrate a clear and plain intention to extinguish it. The surrender of lands, because of the fact that title to land is distinct from the right to fish in the waters adjacent to those lands, equally does not demonstrate a clear and plain intention to extinguish a right. The surrender agreement dealt only with the Mohawks proprietary interest to the lands in question; it did not deal with the free-standing aboriginal right to fish for food which existed in the waters adjacent to those lands. There is no evidence to suggest what the parties to the surrender agreement, including the Crown, intended with regards to the right of the Mohawks to fish in the area; absent such evidence the *Sparrow* test for extinguishment cannot be said to have been met.

Infringement and Justification

50 Given that the appellant was exercising an existing aboriginal right to fish for food when he was fishing in Lake St. Francis, the next question this Court must address is whether s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* constituted an infringement of the appellant's aboriginal rights and, if it did so, whether that infringement was justified. In order to answer this question the nature of the impact on the appellant's rights from the opera-

soutien de son argument que cette intention a été établie: la submersion des terres constituant la zone de pêche en 1845, dans le cadre de la construction du canal Beauharnois, et l'accord de cession conclu en 1888 par les Mohawks et la Couronne, aux termes duquel les terres entourant la zone de pêche ont été cédées à cette dernière contre une indemnité de 50 000 \$.

Bien que ces événements puissent permettre de démontrer l'intention claire et expresse de la Couronne d'éteindre tout titre aborigène sur les terres de la zone de pêche, aucun d'eux ne suffit pour démontrer que la Couronne avait l'intention claire et expresse d'éteindre le droit ancestral de l'appellant de pêcher pour se nourrir dans cette zone. Le fait de l'agrandissement de la masse d'eau dans laquelle l'appellant a le droit ancestral de pêcher pour se nourrir n'a aucun rapport avec l'existence de ce droit, et il démontre encore moins l'intention claire et expresse de l'éteindre. Comme le titre sur les terres est distinct du droit de pêcher dans les eaux adjacentes à ces terres, la cession de celles-ci n'établit pas non plus l'existence d'une intention claire et expresse d'éteindre ce droit. L'accord de cession ne portait que sur le droit de propriété des Mohawks sur les terres en question, et non sur le droit ancestral autonome qui existait, savoir celui de pêcher pour se nourrir dans les eaux adjacentes à ces terres. Il n'y a aucune preuve tendant à indiquer quelles étaient les intentions des parties à l'accord de cession, notamment celles de la Couronne, relativement au droit des Mohawks de pêcher à cet endroit. En l'absence d'une telle preuve, il est impossible d'affirmer que le critère formulé dans *Sparrow* relativement à la question de l'extinction a été satisfait.

Atteinte et justification

Comme l'appellant exerçait un droit ancestral existant de pêcher pour se nourrir lorsqu'il a pêché dans le lac Saint-François, la question que doit maintenant examiner notre Cour est de savoir si le par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* porte atteinte aux droits ancestraux de l'appellant et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée. Pour répondre à cette question, il faut déterminer la nature des répercussions de l'application de la dis-

tion of the provision must be determined, taking into account the broader regulatory scheme of which the provision is a part.

The basic structure of the government's regulatory scheme, in terms of its application to the appellant, is as follows: under s. 4(1) of the Regulations fishing is prohibited absent a licence of the type described in Schedule III. Under Schedule III licences are available for sport and commercial fishing only; the Schedule does not allow for the issuance of licences for aboriginal food fishing. Under s. 5(9) of the Regulations the Minister may, at his discretion, issue a special permit to an Indian or Inuk authorizing them to fish for their own subsistence. In essence, under the regulatory scheme as it currently exists, the appellant's exercise of his aboriginal right to fish for food is exercisable only at the discretion of the Minister.

This scheme infringes the aboriginal rights of the appellant under the test for infringement laid out in *Sparrow*. In *Sparrow* the Court held at p. 1112 that to determine whether an aboriginal right has been infringed the Court must consider the following questions:

First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right?

In this instance, the regulatory scheme subjects the exercise of the appellant's aboriginal rights to a pure act of Ministerial discretion, and sets out no criteria regarding how that discretion is to be exercised. For this reason, I find that the scheme both imposes undue hardship on the appellant and interferes with his preferred means of exercising his rights.

In a normal setting under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, where a statute confers a broad, unstructured administrative discretion which may be exercised in a manner which encroaches upon a constitutional right, the court should not find that the delegated discretion infringes the *Charter* and then proceed to a consideration of the potential justifications of the

position sur les droits de l'appelant, tout en tenant compte du régime de réglementation plus large dans lequel s'inscrit cette disposition.

Voici quelle est la structure fondamentale du régime gouvernemental de réglementation applicable à l'appelant: en vertu du par. 4(1) du Règlement, il est interdit de pêcher sans être titulaire d'un permis visé à l'annexe III. En vertu de cette annexe, il est uniquement possible de se procurer des permis de pêche sportive ou commerciale. Elle ne pourvoit pas à la délivrance aux autochtones de permis les autorisant à pêcher pour se nourrir. En vertu du par. 5(9) du Règlement, le ministre peut, à sa discrétion, délivrer un permis spécial autorisant un Indien ou un Inuk à prendre du poisson pour se nourrir. Essentiellement, en vertu du régime de réglementation actuel, l'appelant ne peut exercer son droit ancestral de pêcher pour se nourrir qu'à la discrétion du ministre.

Suivant le critère établi à cet égard dans *Sparrow*, ce régime porte atteinte aux droits ancestraux de l'appelant. Dans cet arrêt, notre Cour a statué, à la p. 1112, que pour déterminer s'il y a eu violation d'un droit ancestral elle doit examiner les questions suivantes:

Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer?

En l'espèce, le régime de réglementation assujettit l'exercice des droits ancestraux de l'appelant à l'application d'un pouvoir ministériel purement discrétionnaire, et il ne fixe aucun critère régissant l'exercice de ce pouvoir. Pour ce motif, je conclus que le régime est indûment rigoureux envers l'appelant et qu'il lui refuse le recours à son moyen préféré d'exercer ses droits.

Normalement, dans le cadre d'une demande fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, lorsqu'une loi confère un large pouvoir discrétionnaire administratif non structuré et susceptible d'être exercé d'une façon qui empiète sur un droit constitutionnel, le tribunal ne doit pas conclure que le pouvoir discrétionnaire délégué viole la *Charte* et ensuite examiner les justifications possibles de

51

52

53

infringement under s. 1. Rather, the proper judicial course is to find that the discretion must subsequently be exercised in a manner which accommodates the guarantees of the *Charter*. See *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1078-79; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 1010-11; and *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720.

cette violation en vertu de l'article premier. Au contraire, le tribunal doit plutôt conclure que le pouvoir discrétionnaire doit désormais être exercé de manière à respecter les garanties prévues par la *Charte*. Voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1078 et 1079; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 1010 et 1011; et *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720.

54

I am of the view that the same approach should not be adopted in identifying infringements under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In light of the Crown's unique fiduciary obligations towards aboriginal peoples, Parliament may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance. If a statute confers an administrative discretion which may carry significant consequences for the exercise of an aboriginal right, the statute or its delegate regulations must outline specific criteria for the granting or refusal of that discretion which seek to accommodate the existence of aboriginal rights. In the absence of such specific guidance, the statute will fail to provide representatives of the Crown with sufficient directives to fulfil their fiduciary duties, and the statute will be found to represent an infringement of aboriginal rights under the *Sparrow* test.

Je suis d'avis que la même analyse ne devrait pas être adoptée pour déterminer s'il y a atteinte aux droits visés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas. Si une loi confère un pouvoir discrétionnaire administratif susceptible d'entraîner d'importantes conséquences pour l'exercice d'un droit ancestral, cette loi ou son règlement d'application doit énoncer des critères précis, balisant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l'existence des droits ancestraux. En l'absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l'État des directives suffisantes pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans *Sparrow*, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux.

55

The infringement in this instance is all the more pronounced when one considers the testimony offered by the Crown's own witness to the effect that no permits allowing fishing for food with a seine net (the traditional manner of fishing of the Mohawks) were being issued for Lake St. Francis. Conservation officer Langevin testified at trial:

En l'espèce, l'atteinte est d'autant plus prononcée si l'on tient compte des propos tenus par un témoin du ministère public, qui a déclaré qu'aucun permis autorisant la pêche à la seine (méthode de pêche traditionnelle des Mohawks) dans le lac Saint-François pour se nourrir n'est délivré. L'agent de conservation Langevin a affirmé ce qui suit, durant son témoignage au procès:

[TRANSLATION] But in Lake St. Francis it is still prohibited, no permits for fishing for perch with a seine net are being issued.

Mais, dans le Lac Saint-François, il est toujours interdit, il ne se délivre aucun permis pour pêcher la perchaude à la seine.

In the absence of the factual possibility of the issuance of a licence for the appellant's exercise of his aboriginal right to fish for food, the appellant has clearly demonstrated that his aboriginal rights have been infringed.

Moreover, the Crown has failed to adduce evidence sufficient to demonstrate that this infringement was justified. Under *Sparrow*, in order to demonstrate that an infringement of an aboriginal right is justified the Crown must demonstrate, first, that the infringement took place pursuant to a compelling and substantial objective and that, second, the infringement is consistent with the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples. On the evidence presented in this case the Crown has satisfied neither of these criteria. I would note here, and adopt, the description of the Crown's evidence regarding the regulatory scheme given by Proulx J.A. at the Court of Appeal at pp. 127-28:

[TRANSLATION] Far from proving that perch fishing for food would have harmful ecological effects (the witness did not even know the incidence of sport fishing on conservation), the evidence tends instead to prove the existence of a policy that essentially favours sport fishing, to the detriment of those wanting to fish for food.

[I]t appears to me that what has been shown instead in the case at bar is that sport fishing is the major concern, after conservation. [Emphasis added.]

What counts as a compelling and substantial objective for the purposes of limiting s. 35(1) rights was recently discussed by this Court in *Gladstone*. The lack of evidence in that case precluded us from determining whether the government's regulatory scheme was justified. We therefore did not have to definitively determine what particular objectives, beyond conservation, do or do not meet the test of justification set out in *Sparrow*. Nevertheless, we made some general observations about the kinds of objectives which might be compelling and substan-

Puisqu'il lui est concrètement impossible d'obtenir la délivrance d'un permis afin d'exercer son droit ancestral de pêcher pour se nourrir, ce dernier a clairement démontré qu'il y a eu atteinte à ses droits ancestraux.

Qui plus est, le ministère public n'a pas présenté une preuve suffisante pour démontrer que cette atteinte est justifiée. Suivant l'arrêt *Sparrow*, pour établir qu'une atteinte à un droit ancestral est justifiée, le ministère public doit prouver, premièrement, que l'atteinte découle de la poursuite d'un objectif jugé impérieux et réel, et, deuxièmement, que l'atteinte est compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. À la lumière de la preuve présentée en l'espèce, le ministère public n'a satisfait à aucun de ces critères. Je fais mienne la description suivante que le juge Proulx de la Cour d'appel a faite, à la p. 1033, de la preuve présentée par le ministère public relativement au régime de réglementation:

Loin d'établir qu'une pêche à la perchaude pour se nourrir aurait des effets néfastes sur le plan écologique (le témoin ignorant même l'incidence de la pêche sportive sur la conservation), cette preuve tend plutôt à démontrer l'existence d'une politique qui favorise essentiellement la pêche sportive, au détriment des personnes qui veulent pêcher pour se nourrir.

[I]l me semble qu'il a plutôt été démontré en l'espèce que c'est la pêche sportive qui constitue la préoccupation majeure après la conservation. [Je souligne.]

La question de savoir ce qui constitue un objectif impérieux et réel justifiant la limitation de droits visés au par. 35(1) a été examinée récemment par notre Cour dans *Gladstone*. Dans cet arrêt, le manque d'éléments de preuve nous a empêchés de décider si le régime de réglementation du gouvernement était justifié. Nous n'avons donc pas déterminé décisivement quels sont, outre la conservation, les objectifs qui satisfont ou ne satisfont pas au critère relatif à la justification établi dans *Sparrow*. Nous avons néanmoins formulé certaines observations générales sur le genre d'objectifs qui pourraient être suffisamment impérieux et réels

tial enough to justify governmental infringements on aboriginal rights.

57

As with limitations of the rights enshrined in the *Charter*, limits on the aboriginal rights protected by s. 35(1) must be informed by the same purposes which underlie the decision to entrench those rights in the Constitution to be justifiable: *Gladstone, supra*, at para. 71. Those purposes are the recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples, and the reconciliation of prior occupation by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty: *Van der Peet*, at para. 39, *Gladstone*, at para. 72. Measures which are aimed at conservation clearly accord with both these purposes, and can therefore serve to limit aboriginal rights, as occurred in *Sparrow*.

58

I have some difficulty in accepting, in the circumstances of this case, that the enhancement of sports fishing *per se* is a compelling and substantial objective for the purposes of s. 35(1). While sports fishing is an important economic activity in some parts of the country, in this instance, there is no evidence that the sports fishing that this scheme sought to promote had a meaningful economic dimension to it. On its own, without this sort of evidence, the enhancement of sports fishing accords with neither of the purposes underlying the protection of aboriginal rights, and cannot justify the infringement of those rights. It is not aimed at the recognition of distinct aboriginal cultures. Nor is it aimed at the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society, since sports fishing, without evidence of a meaningful economic dimension, is not "of such overwhelming importance to Canadian society as a whole" (*Gladstone*, at para. 74) to warrant the limitation of aboriginal rights.

59

Furthermore, the scheme does not meet the second leg of the test for justification, because it fails to provide the requisite priority to the aboriginal

pour justifier le gouvernement de porter atteinte à des droits ancestraux.

Tout comme les limites imposées aux droits inscrits dans la *Charte*, les limites imposées aux droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent, pour être justifiables, respecter les objectifs visés par la décision de constitutionnaliser ces droits: *Gladstone*, précité, au par. 71. Ces objectifs sont la reconnaissance du fait que les peuples autochtones occupaient déjà l'Amérique du Nord et la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire: *Van der Peet*, au par. 39, et *Gladstone*, au par. 72. Des mesures visant la conservation des ressources sont manifestement compatibles avec ces deux objectifs, et peuvent donc limiter des droits ancestraux, comme c'était le cas dans *Sparrow*.

J'éprouve de la difficulté à accepter, dans les circonstances du présent pourvoi, que la mise en valeur de la pêche sportive est en soi un objectif impérieux et réel pour ce qui concerne l'application du par. 35(1). Bien que la pêche sportive soit une activité économique importante dans certaines régions du pays, il n'y a en l'espèce aucune preuve que les activités de pêche sportive que le régime en litige vise à favoriser ont une dimension économique importante. En l'absence d'une telle preuve, la mise en valeur de la pêche sportive n'est pas à elle seule un objectif compatible avec l'un ou l'autre des deux objets qui sous-tendent la protection accordée aux droits ancestraux, et elle ne peut justifier l'atteinte portée à ces droits. Elle n'a pas pour but la reconnaissance de cultures autochtones distinctes. Elle ne vise pas non plus la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne, puisque, en l'absence d'éléments de preuve établissant qu'elle a une dimension économique importante, la pêche sportive ne revêt pas «une importance primordiale pour la société canadienne dans son ensemble» (*Gladstone*, au par. 74) justifiant de limiter des droits ancestraux.

Qui plus est, le régime ne respecte pas le second volet du critère relatif à la justification, car il n'accorde pas la priorité requise au droit ancestral de

right to fish for food, a requirement laid down by this Court in *Sparrow*. As we explained in *Gladstone*, the precise meaning of priority for aboriginal fishing rights is in part a function of the nature of the right claimed. The right to fish for food, as opposed to the right to fish commercially, is a right which should be given first priority after conservation concerns are met.

VI. Disposition

In the result the appeal is allowed and the appellant's conviction is set aside.

For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question: Is s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, as they read on May 7, 1982, of no force or effect with respect to appellant in the circumstances of these proceedings in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by appellant?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal, as well as the appeals heard contemporaneously in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and the appeal in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, concern aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

This broad issue was dealt with in *Van der Peet* and the present case provides an opportunity to examine, more particularly, the relationship between aboriginal rights and aboriginal title. I have had the benefit of the Chief Justice's opinion and I agree with the result he reaches. I also agree generally with his reasons, subject to the following

pêcher à des fins alimentaires, exigence fixée par notre Cour dans *Sparrow*. Comme nous l'avons expliqué dans *Gladstone*, la signification précise de la priorité accordée aux droits de pêche ancestraux est en partie fonction de la nature du droit revendiqué. Contrairement au droit de pêcher commercialement, le droit de pêcher à des fins alimentaires est un droit qui doit se voir accorder la priorité, une fois qu'il a été tenu compte des besoins en matière de conservation.

VI. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant est annulée.

Pour les motifs qui précèdent, il faut répondre de la façon suivante à la question constitutionnelle:

Question: Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, dans sa version du 7 mai 1982, est-il inopérant en ce qui concerne l'appellant dans les circonstances de l'espèce, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux des peuples autochtones, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l'appellant a invoqués?

Réponse: Oui.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi et les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, ainsi que le pourvoi *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, portent sur les droits ancestraux qui bénéficient de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Cette question générale a été traitée dans *Van der Peet*. Le présent pourvoi offre une occasion d'examiner de façon plus particulière le rapport entre ces droits ancestraux et le titre aborigène. J'ai pris connaissance de l'opinion du Juge en chef et je souscris au résultat auquel il arrive. Je suis également substantiellement d'accord avec ses motifs,

comments about the relationship between aboriginal rights and aboriginal title, and about the proper approach to the definition of the nature and extent of aboriginal rights.

64 Like the Chief Justice, I am of the view that this case must be decided on the basis of an existing aboriginal right which is unjustifiably restricted by the *Quebec Fishery Regulations*, C.R.C., c. 852. As regards the relationship between aboriginal rights and aboriginal title, however, I wish to emphasize, as did Rothman J.A., dissenting at the Court of Appeal, that aboriginal rights can exist independently of aboriginal title. In *Van der Peet*, I pointed out that the doctrine of aboriginal rights was not solely concerned with land but covered all aboriginal interests arising out of their historic occupation and use of ancestral lands (at para. 116):

The concept of aboriginal title, however, does not capture the entirety of the doctrine of aboriginal rights. Rather, as its name indicates, the doctrine refers to a broader notion of aboriginal rights arising out of the historic occupation and use of native ancestral lands, which relate not only to aboriginal title, but also to the component elements of this larger right — such as aboriginal rights to hunt, fish or trap, and their accompanying practices, traditions and customs — as well as to other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture: see W. I. C. Binnie, “The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?” (1990), 15 *Queen’s L.J.* 217, and Douglas Sanders, “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.

65 Although the point is implicit in the Chief Justice’s reasons, I believe it is important in this case to state clearly that aboriginal rights can be incidental to aboriginal title but need not be: they are severable from and can exist independently of aboriginal title (*Van der Peet*, at para. 119, per L’Heureux-Dubé J.). Put another way, the strict conditions for recognition of aboriginal title at common law (see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; and *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518) are not applica-

sous réserve des commentaires qui suivent relativement au rapport entre les droits ancestraux et le titre aborigène et à la façon dont doivent être définies la nature et l’étendue des droits ancestraux.

À l’instar du Juge en chef, je suis d’avis que le présent pourvoi doit être tranché sur le fondement d’un droit ancestral existant, qui est restreint de manière injustifiée par le *Règlement de pêche du Québec*, C.R.C., ch. 852. Cependant, en ce qui concerne le rapport entre les droits ancestraux et le titre aborigène, je tiens à souligner, comme l’a fait le juge Rothman de la Cour d’appel, dissident, que les droits ancestraux peuvent exister indépendamment du titre aborigène. Dans *Van der Peet*, j’ai souligné que la doctrine des droits ancestraux ne visait pas uniquement les terres mais aussi tous les intérêts ancestraux découlant de l’occupation et de l’utilisation historiques des terres ancestrales (au par. 116):

Cependant, le titre aborigène ne représente pas l’ensemble de la doctrine des droits ancestraux. Au contraire, comme son nom l’indique, cette doctrine vise un ensemble plus grand de droits fondés sur l’occupation et l’utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, qui comprend non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large — tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes — ainsi que d’autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire: voir W. I. C. Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen’s L.J.* 217, et Douglas Sanders, «The Rights of Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

Même si ce point ressort implicitement des motifs du Juge en chef, je crois qu’il est important, en l’espèce, d’indiquer clairement que les droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d’un titre aborigène, mais non nécessairement; ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci (*Van der Peet*, au par. 119, le juge L’Heureux-Dubé). En d’autres termes, les conditions strictes de reconnaissance d’un titre aborigène en common law (voir les arrêts *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; et

ble when, as in this case, the appellant seeks, not the broadest right to occupy and use a tract of land, but only the limited right to fish upon it. In such cases, the only requirements are those set out in *Van der Peet*, regarding the recognition of an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

With respect to the approach to the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights, the test utilized by the Chief Justice centres on the individualized practices of the particular aboriginal group prior to contact with the Europeans. I must distance myself from this approach. In *Van der Peet*, I suggested the following guidelines regarding the definition of aboriginal rights guaranteed by s. 35(1) (at para. 180):

In the end, the proposed general guidelines for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) can be summarized as follows. The characterization of aboriginal rights should refer to the rationale of the doctrine of aboriginal rights, i.e., the historic occupation and use of ancestral lands by the natives. Accordingly, aboriginal practices, traditions and customs would be recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* if they are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. Furthermore, the period of time relevant to the assessment of aboriginal activities should not involve a specific date, such as British sovereignty, which would crystallize aboriginal's distinctive culture in time. Rather, as aboriginal practices, traditions and customs change and evolve, they will be protected in s. 35(1) provided that they have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. [Emphasis added.]

Accordingly, a "frozen rights" approach focusing on aboriginal practices should not, in my view, be adopted to define aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, [1980] 1 C.F. 518) ne s'appliquent pas dans les cas où, comme en l'espèce, l'appelant sollicite non pas le droit plus général, soit celui d'occuper et d'utiliser une parcelle de terre, mais uniquement le droit restreint d'y pêcher. Dans ces cas, les seules exigences applicables sont celles qui ont été énoncées dans *Van der Peet* relativement à la reconnaissance d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En ce qui concerne l'approche à suivre pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux, le test utilisé par le Juge en chef est axé sur les pratiques propres au groupe autochtone particulier avant le contact avec les Européens. Je dois me dissocier de cette approche. Dans *Van der Peet*, j'ai proposé les lignes directrices suivantes relativement à l'interprétation des droits ancestraux garantis par le par. 35(1) (au par. 180):

En définitive, les lignes directrices générales proposées pour l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) peuvent être résumées ainsi. La caractérisation des droits ancestraux devrait se faire en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c-à-d. l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales. En conséquence, les coutumes, pratiques et traditions autochtones seront reconnues et confirmées en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* si elles sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. De plus, la période pertinente pour l'appréciation des activités autochtones ne devrait pas être fonction d'une date spécifique, par exemple l'affirmation de la souveraineté britannique, car cela aurait pour effet de cristalliser dans le temps la culture autochtone distinctive. Au contraire, comme les coutumes, pratiques et traditions autochtones changent et évoluent, elles seront protégées par le par. 35(1) si elles ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. [Je souligne.]

Par conséquent, il ne faut pas, selon moi, adopter une approche fondée sur la notion de «droits figés» pour définir les droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

67

This being said, in this case, I agree with the Chief Justice that, in view of the evidence presented at trial, the Mohawks of the St. Regis (Akwasasne) Reserve, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis, a right which is protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, since they have fished for food on the tract of land in question in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization for a substantial and continuous period of time. Furthermore, I agree with the Chief Justice that this right was not extinguished by a “clear and plain intention” of the Government, that the *Quebec Fishery Regulations* constitute a *prima facie* infringement of that right, and that such a restriction is not justified under the *Sparrow* test (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075).

Cela dit, en l'espèce, je suis d'accord avec le Juge en chef que, à la lumière de la preuve présentée au procès, les Mohawks de la réserve de Saint-Régis (Akwasasne), dont l'appellant est membre, possèdent le droit ancestral de pêcher pour se nourrir dans le lac Saint-François, droit qui est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisque les Mohawks ont pêché pour se nourrir sur la parcelle de terre en cause d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour leur organisation sociale et leur culture, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. De plus, je suis d'accord avec le Juge en chef que ce droit n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une «intention claire et expresse» en ce sens par le gouvernement, que le *Règlement de pêche du Québec* constitue une atteinte *prima facie* à ce droit et qu'une telle restriction n'est pas justifiée suivant le critère établi dans *Sparrow* (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075).

68

In the result, I would dispose of the appeal in the manner stated by the Chief Justice and answer the constitutional question as he suggests.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le présent pourvoi et de répondre à la question constitutionnelle de la manière proposée par le Juge en chef.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant: O'Reilly & Associates, Montreal.

Procureurs de l'appellant: O'Reilly & Associates, Montréal.

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

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

Solicitor for the intervener: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Franck Côté, Peter Deontie, Frida Morin-Côté, Russell Tenasco and Ben Deontie *Appellants/Respondents on Cross-Appeal*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent/Appellant on Cross-Appeal*

and

The Attorney General of Canada, Atikamekw-Sipi/Council of the Atikamekw Nation and Chief Robert Whiteduck, on behalf of the Algonquins of Golden Lake First Nation and on behalf of others *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. CÔTÉ

File No.: 23707.

1996: June 17; 1996: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Aboriginal rights — Natives teaching traditional fishing techniques — Charge of fishing without licence laid — Incident occurring in traditional fishing area — Whether an aboriginal fishing or other right must be necessarily incident to a claim of aboriginal title in land — Whether an aboriginal right may exist independently of a claim of aboriginal title — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Constitutional law — Aboriginal rights — Quebec — Aboriginal law not recognized by French colonial regime prior to transition to British sovereignty — Whether constitutional protection extends to aboriginal practices, customs and traditions of Quebec natives — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Quebec Act, 1774,

Franck Côté, Peter Deontie, Frida Morin-Côté, Russell Tenasco et Ben Deontie *Appellants/Intimés dans le pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée/Appelante dans le pourvoi incident*

et

Le procureur général du Canada, Atikamekw-Sipi/Conseil de la Nation atikamekw et le chef Robert Whiteduck, au nom de la Première nation des Algonquins de Golden Lake et au nom d'autres personnes *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. CÔTÉ

N° du greffe: 23707.

1996: 17 juin; 1996: 3 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autochtones enseignant les méthodes traditionnelles de pêche — Dépôt d'une accusation d'avoir pêché sans permis — L'incident s'est produit dans un territoire de pêche traditionnel — Les droits de pêche ancestraux ou autres droits ancestraux sont-ils nécessairement des accessoires de la revendication d'un titre aborigène sur un territoire? — Un droit ancestral peut-il exister indépendamment d'une telle revendication? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Québec — Les droits ancestraux n'étaient pas reconnus par le régime colonial français avant la transition à la souveraineté britannique — La protection de la Constitution s'étend-elle aux coutumes, pratiques et traditions des autochtones du Québec? — Loi constitutionnelle de

R.S.C., 1985, App. II, No. 2 — Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Constitutional law — Aboriginal rights — Treaty right to fish — Division of powers — Natives entering a provincial controlled harvest zone by motorized vehicle — Provincial regulation requiring payment of fee for such entry — Fee directly tied to cost of roads and infrastructure — Entry by other modes of transportation free — Whether a provincial regulation infringing a treaty right to fish was of no force or effect given the overlapping statutory and constitutional protection extended to treaty rights from provincial legislation under both s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and s. 88 of the Indian Act — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88 — Regulation respecting controlled zones, R.R.Q. 1981, 370 (supp.), ss. 5, 5.1.

Practice — Defective information — Amendment — Information indicating wrong section — Parties aware of infraction notwithstanding defect — Whether the information should be amended by this Court — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 601 — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 66(1), 82, 90, 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48.

The appellants, all Algonquins, were members of an expedition to teach traditional fishing methods. All were convicted under Quebec's *Regulation respecting controlled zones* with entering a controlled harvest zone (Z.E.C.) without paying the required fee for motor vehicle access. This zone was located within the appellants' traditional hunting and fishing grounds. The appellant Côté was also convicted under s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* of fishing within the zone without a valid licence. The Superior Court and the Court of Appeal upheld the convictions. The appellants jointly challenged their convictions on the basis that they were exercising an aboriginal right and a concurrent treaty right to fish on their ancestral lands as recognized and protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The Attorney General cross-appealed the Court of Appeal's

1982, art. 35(1) — *Acte de Québec de 1774, L.R.C. (1985), app. II, n° 2 — Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.*

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de pêche issu de traité — Partage des pouvoirs — Des autochtones sont entrés en véhicule automobile dans une zone d'exploitation contrôlée provinciale — Droits d'entrée requis par un règlement provincial — Droits directement liés aux coûts des infrastructures routières — Possibilité d'entrer gratuitement par d'autres moyens de transport — Un règlement provincial portant atteinte à un droit de pêche issu de traité est-il inopérant en raison de la double protection, de nature législative et constitutionnelle, dont jouissent, en vertu de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens, les droits issus de traités à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88 — Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), art. 5, 5.1.

Pratique — Dénonciation défectueuse — Modification — Dénonciation n'indiquant pas le bon article — Parties au courant de l'infraction malgré la dénonciation défectueuse — La Cour devrait-elle modifier la dénonciation? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 601 — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., ch. P-15, art. 66(1), 82, 90, 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48.

Les appelants, des Algonquins, participaient à une expédition ayant pour but d'enseigner des méthodes traditionnelles de pêche. Ils ont tous été déclarés coupables, en vertu du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* du Québec, d'être entrés dans une zone d'exploitation contrôlée (Z.E.C.) sans payer les droits d'entrée requis à l'égard des véhicules automobiles. Cette zone était située dans les territoires de chasse et de pêche traditionnels des appelants. L'appelant Côté a en outre été reconnu coupable d'avoir pêché sans permis dans cette zone, en violation du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont maintenu les déclarations de culpabilité. Les appelants ont contesté conjointement les déclarations de culpabilité prononcées contre eux, faisant valoir qu'ils exerçaient un droit ancestral et un droit issu de traité correspondant les autorisant à pêcher sur leurs terres ancestrales, droits reconnus et garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le procureur général a formé un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel selon laquelle les appelants jouissaient

holding that the appellants enjoyed a treaty right to fish under a treaty concluded at Swegatchy in 1769.

In resolving this appeal, the Court had to address three questions: (1) whether an aboriginal fishing or other right must be necessarily incident to a claim of aboriginal title in land, or whether an aboriginal right may exist independently of a claim of aboriginal title; (2) whether, under the principles of the *Van der Peet* trilogy, the constitutional protection of s. 35(1) extends to aboriginal practices, customs and traditions which may not have achieved legal recognition under the colonial regime of New France prior to the commencement of British sovereignty in 1763; and, (3) whether a provincial regulation allegedly infringing a treaty right to fish was of no force or effect given the overlapping statutory and constitutional protection extended to treaty rights from provincial legislation under both s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and s. 88 of the *Indian Act*.

The information laid was defective in that it referred to s. 5 rather than s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*. A further issue existed as to whether the information, absent any confusion because of the error, should be amended by this Court.

Held: The appeal against the conviction of Franck Côté under s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* should be allowed. The appeals against conviction under the *Regulation respecting controlled zones* should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The appellants were not obliged to prove aboriginal title over the Z.E.C., whether at common law or under the *Royal Proclamation, 1763*, as a precondition to demonstrating the existence of an ancestral right to fish. For the reasons given in *R. v. Adams*, aboriginal rights may indeed exist independently of aboriginal title. Aboriginal title is simply one manifestation of the doctrine of aboriginal rights. The purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* was to constitutionally entrench and recognize those practices, customs and traditions central to the distinctive culture of pre-existing aboriginal societies. These defining practices, customs and traditions are not limited to those representing incidents of a continuous and historical occupation of a specific tract of land. A protected aboriginal right falling short of aboriginal title

d'un droit de pêche issu d'un traité conclu en 1769, à Swegatchy.

Pour trancher le présent pourvoi, la Cour devait répondre à trois questions: (1) celle de savoir si un droit de pêche ancestral ou un autre droit ancestral est nécessairement un accessoire de la revendication d'un titre aborigène sur un territoire, ou si un droit ancestral peut exister indépendamment d'une telle revendication; (2) celle de savoir si, suivant les principes établis dans la trilogie *Van der Peet*, la protection constitutionnelle prévue au par. 35(1) s'étend aux coutumes, pratiques et traditions autochtones qui n'ont pas été reconnues légalement par le régime colonial de la Nouvelle-France avant la transition à la souveraineté britannique en 1763; (3) celle de savoir si un règlement provincial qui, prétend-on, porterait atteinte à un droit de pêche issu de traité, est inopérant, étant donné la double protection, de nature législative et constitutionnelle, dont jouissent, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les droits issus de traités à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles.

La dénonciation était défectueuse, car elle mentionnait l'art. 5 plutôt que l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. La Cour devait donc en outre décider si elle devait modifier la dénonciation, en l'absence de toute confusion attribuable à l'erreur.

Arrêt: Le pourvoi formé par Franck Côté contre la déclaration de culpabilité prononcée à son endroit en vertu du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* est accueilli. Les pourvois formés contre les déclarations de culpabilité fondées sur le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* sont rejetés.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les appelants n'étaient pas tenus de prouver l'existence d'un titre aborigène sur la Z.E.C., que ce soit en vertu de la common law ou de la *Proclamation royale de 1763*, comme préalable à l'existence d'un droit de pêche ancestral. Pour les motifs exposés dans le pourvoi *R. c. Adams*, des droits ancestraux peuvent effectivement exister indépendamment d'un titre aborigène. Le titre aborigène n'est qu'une manifestation de la doctrine des droits ancestraux. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise à protéger et à reconnaître dans la Constitution les coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens. Les coutumes, pratiques et traditions déterminantes de ces sociétés ne sont pas limitées aux coutumes, pratiques et

may nonetheless have an important link to the land. An aboriginal practice, custom or tradition entitled to protection as an aboriginal right will frequently be limited to a specific territory of location, depending on the actual pattern of exercise of such an activity prior to contact. As such, an aboriginal right will often be defined in site-specific terms, with the result that it can only be exercised upon a specific tract of land.

French law, while never explicitly recognizing the existence of a *sui generis* aboriginal interest in land, did not explicitly deny its existence. Indeed, the French Crown may never have assumed full title and ownership to the lands occupied by aboriginal peoples in light of the nature and pattern of French settlement in New France and given its diplomatic relations which maintained that aboriginal peoples were sovereign nations rather than mere subjects of the monarch.

It is not clear that French colonial law governing relations with aboriginal peoples was mechanically received by the common law upon the commencement of British sovereignty. The common law recognizing aboriginal title was arguably a necessary incident of British sovereignty which displaced the pre-existing colonial law governing New France. Indeed, the law of aboriginal title has been found to be a distinct species of federal common law rather than a simple subset of the common or civil law or property law operating within the province.

Even if it is assumed that the French Crown did not legally recognize the right of the Algonquins to fish within the Z.E.C. prior to the commencement of British sovereignty, the appellants can still seek to establish their aboriginal right to fish within the Z.E.C. under the principles of the *Van der Peet* trilogy. The intervention of French sovereignty did not negate the potential existence of aboriginal rights within the former boundaries of New France under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The fact that a particular practice, custom or tradition continued, in an unextinguished manner, following the arrival of Europeans but in the absence of the formal gloss of legal recognition from French colonial law should not undermine the constitutional protection accorded to aboriginal peoples. Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral

traditions qui sont des accessoires de l'occupation continue et historique d'un territoire spécifique. Il est néanmoins possible qu'un droit ancestral protégé, même s'il ne s'agit pas d'un titre aborigène, ait un lien important avec le territoire où il est exercé. Une coutume, pratique ou tradition autochtone valant d'être protégée en tant que droit ancestral se limitera fréquemment à un endroit ou territoire spécifique, compte tenu de la façon dont elle était concrètement exercée avant le contact. Voilà pourquoi un droit ancestral sera souvent défini en fonction d'un site spécifique, avec pour conséquence qu'il ne peut être exercé qu'à cet endroit.

Quoique le droit français n'ait jamais explicitement reconnu l'existence d'un titre indien *sui generis* sur les terres, il n'a pas non plus nié explicitement son existence. De fait, il est possible que la Couronne française n'ait jamais acquis la propriété pleine et entière des territoires occupés par les peuples autochtones, eu égard à la nature et à la manière dont s'est effectué le peuplement français en Nouvelle-France et au fait que, dans ses relations diplomatiques, la Couronne française a maintenu que les autochtones formaient des nations souveraines et n'étaient pas de simples sujets du monarque.

Il n'est pas évident que le droit colonial français régissant les relations avec les peuples autochtones a été automatiquement reçu par la common law au début de la souveraineté britannique. Il est possible de prétendre que la reconnaissance du titre aborigène par la common law constituait une conséquence nécessaire de la souveraineté britannique, qui a écarté le droit colonial antérieur qui régissait la Nouvelle-France. De fait, il a été reconnu que le droit relatif au titre aborigène constitue une catégorie distincte de la common law fédérale plutôt qu'un domaine de la common law, du droit civil ou du droit des biens applicable dans la province.

Même en supposant que la Couronne française n'a pas reconnu légalement le droit des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C. avant le début de la souveraineté britannique, les appelants ont néanmoins la possibilité de démontrer qu'ils avaient, suivant les principes énoncés dans la trilogie *Van der Peet*, le droit ancestral de pêcher dans la Z.E.C. La souveraineté française n'a pas mis fin à l'existence potentielle de droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'intérieur des frontières de ce qui constituait la Nouvelle-France. Le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie, sans être éteinte, après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par le droit colonial français, ne doit pas saper la protection constitutionnelle accordée aux peuples autochtones. Le

and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features receiving the legal recognition and approval of European colonizers. Such a static and retrospective interpretation of s. 35(1) cannot be reconciled with the noble and prospective purpose of the constitutional entrenchment of aboriginal and treaty rights in the *Constitution Act, 1982*. Indeed, the respondent's proposed interpretation risks undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers who failed to respect the distinctive cultures of pre-existing aboriginal societies. In addition, the French Regime's failure to recognize legally a specific aboriginal practice, custom or tradition (and indeed the French Regime's tacit toleration of a specific practice, custom or tradition) clearly cannot be equated with a "clear and plain" intention to extinguish such practices under the extinguishment test of s. 35(1).

A substantive aboriginal right will normally include the incidental right to teach such a practice, custom and tradition to a younger generation to ensure the continuity of aboriginal practices, customs and traditions. The actual substantive claim in this instance was therefore a site-specific right to fish for food. The *Quebec Fishery Regulations* prohibit all fishing within the area in the absence of a licence and on its face directly regulates the appellant's fishing practices. The *Regulation respecting controlled zones*, however, only prohibits access to the Z.E.C. by motor vehicle in the absence of payment of a fee. At face value, the provincial regulation would appear to regulate a right of access to land, rather than a right to fish. But a right to fish for food upon a certain tract of territory would be meaningless without a right of physical access to that territory. If the provincial regulation effectively precluded the Algonquins from gaining access to the Z.E.C., such a regulation would have a direct impact upon the claimed right to fish. Under the totality of the circumstances, the asserted right is therefore properly framed as a right to fish for food within the territory of the Z.E.C.

The second stage of the *Van der Peet* analysis requires the court to inquire whether the activity claimed to be an aboriginal right is part of a practice, custom or tradition which was, prior to the contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the aboriginal people in question. Evidence that a

noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé s'il ne protégeait que les caractéristiques déterminantes qui ont été reconnues légalement par les colonisateurs européens. Une telle interprétation statique et rétrospective du par. 35(1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. De fait, l'interprétation proposée par l'intimée risque de saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs, qui n'ont pas respecté la culture distinctive des sociétés autochtones préexistantes. Le fait que le régime français n'ait pas reconnu une coutume, pratique ou tradition autochtone donnée (et, de fait, la tolérance tacite par le régime français d'une telle coutume, pratique ou tradition) ne peuvent manifestement pas être assimilés à l'intention « claire et expresse » d'éteindre de telles pratiques requise par le critère relatif à l'extinction des droits visés au par. 35(1).

Pour assurer la continuité des coutumes, pratiques et traditions autochtones, un droit ancestral substantiel emportera normalement le droit accessoire d'enseigner ces coutumes, pratiques ou traditions à la génération qui suit. Le droit substantiel revendiqué en l'espèce était donc le droit de pêcher dans un site spécifique pour se nourrir. Le *Règlement de pêche du Québec* interdit à quiconque de pêcher sans permis dans la zone. Il ressort de la simple lecture de ce texte qu'il réglemente directement les pratiques de pêche de l'appellant. Toutefois, le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne fait qu'interdire l'accès à la Z.E.C. en véhicule automobile à moins de payer les droits prescrits. Comme tel, le texte provincial semble réglementer le droit d'accès au territoire plutôt que le droit d'y pêcher. Cependant, le droit de pêcher pour se nourrir dans un territoire donné serait dénué de sens en l'absence du droit d'accéder à ce territoire. Si le règlement provincial empêchait effectivement les Algonquins d'avoir accès à la Z.E.C., il aurait alors une incidence directe sur le droit de pêche revendiqué. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, on peut à juste titre caractériser le droit revendiqué de droit de pêcher à des fins alimentaires dans le territoire de la Z.E.C.

Suivant la deuxième étape de l'analyse faite dans *Van der Peet*, le tribunal doit examiner si l'activité que l'on prétend être un droit ancestral est un élément d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition qui, avant le contact avec les Européens, faisait partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question. La

custom was a significant part of their distinctive culture at contact will generally be sufficient to demonstrate that that custom was also significant to that particular culture prior to contact. Here, the relevant time period for contact is best identified as the arrival of Samuel de Champlain in 1603.

In light of the Crown's failure to elicit any contrary historical evidence at trial, the evidence produced at trial coupled with the findings of fact of the Superior Court was sufficient to support the inference that fishing for food within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C. was a significant part of the life of the Algonquins from at least 1603 and the arrival of French explorers and missionaries into the area. Fishing was significant to the Algonquins, as it represented the predominant source of subsistence during the season leading up to winter.

The second stage of the *Van der Peet* analysis requires a "continuity" between aboriginal practices, customs and traditions that existed prior to contact and a particular practice, custom or tradition that is integral to aboriginal communities today. Because the courts below collectively operated on the assumption that the claim of an aboriginal right to fish must rest in an underlying claim to aboriginal title, they did not direct themselves to answering this question. Nevertheless, a survey of the record revealed that this part of the *Van der Peet* test was met. In conclusion, the appellants have demonstrated the existence of an aboriginal right to fish within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C. under the *Van der Peet* test.

The Algonquins' aboriginal right to fish within the Z.E.C. was not extinguished prior to 1982, because the respondent declined to offer any proof relating to the question of extinguishment.

Certain factors might indicate that there had been a *prima facie* infringement of an aboriginal right: (1) whether the limitation is unreasonable; (2) imposes undue hardship; (3) or denies the holder of the right the preferred means of exercising that right. As noted in *R. v. Gladstone*, however, these questions do not define the concept of *prima facie* infringement; they only point to factors which will indicate if such an infringement has taken place. The onus of proving a *prima facie* infringe-

preuve qu'une coutume constituait, au moment du contact avec les Européens, un élément important de la culture distinctive d'un peuple suffira en règle générale à établir que cette coutume constituait également, avant le contact avec les Européens, un élément important de la culture en question. En l'espèce, le moment qui correspond le plus précisément au contact avec les Européens est l'arrivée de Samuel de Champlain en 1603.

Étant donné que, au procès, le ministère public n'a pas présenté de preuve historique à l'effet contraire, la preuve qui y a été produite, conjuguée aux conclusions de fait de la Cour supérieure, est suffisante pour étayer la conclusion que la pêche à des fins alimentaires dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C. était un aspect important de la vie des Algonquins, depuis au moins 1603 et l'arrivée des explorateurs et des missionnaires français dans cette région. La pêche était importante pour les Algonquins parce qu'elle était leur principale source de subsistance pendant la saison précédant l'hiver.

Dans le cadre du deuxième volet de l'analyse établie dans *Van der Peet*, il faut démontrer qu'il y a «continuité» entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et la coutume, pratique et tradition faisant partie intégrante de nos jours de la collectivité autochtone concernée. Étant donné que les juridictions inférieures ont toutes supposé que la revendication d'un droit de pêche ancestral doit être fondée sur la revendication d'un titre aborigène sous-jacent, elles ne se sont pas posé cette question. Il ressort néanmoins de l'examen du dossier que ce volet du critère établi dans *Van der Peet* a lui aussi été satisfait. En conclusion, les appelants ont, suivant le critère établi dans *Van der Peet*, démontré l'existence d'un droit ancestral de pêcher dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C.

Il n'y a pas eu extinction, avant 1982, du droit ancestral des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C., puisque l'intimée a décidé de ne pas présenter de preuve relativement à la question de l'extinction.

Certains facteurs peuvent indiquer qu'il y a eu atteinte à première vue à un droit ancestral: (1) La restriction est-elle déraisonnable? (2) Le règlement est-il indûment rigoureux? (3) Le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? Toutefois, comme il a été souligné dans *R. c. Gladstone*, ces questions ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais ils mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une

ment lies on the individual or group challenging the legislation.

The *Quebec Fishery Regulations* infringed the appellant Côté's right to fish for food within the Z.E.C. They stipulated that a person fishing within designated territories must hold a valid licence. The regulations, while authorizing the Minister at his or her discretion to issue a special permit to an aboriginal person authorizing that person to fish for food, did not prescribe any criteria to guide or structure the exercise of this discretion. Such a regulatory scheme must, in the very least, structure the exercise of a discretionary power to ensure that the power is exercised in a manner consistent with the Crown's special fiduciary duties towards aboriginal peoples, as is held in *Adams*. Section 4(1) and the surrounding provisions of the *Quebec Fishery Regulations* therefore impose undue hardship on the appellant and interfere with his preferred mode of exercising his rights.

The *Regulation respecting controlled zones* does not infringe the appellants' right to fish for food within the Z.E.C. Under the terms of the provincial regulation, an Algonquin person is at liberty to enter the Z.E.C. by a variety of means other than motor vehicle without fee. Although the regulation may infringe an aboriginal or treaty right under the *Sparrow* test by conditioning the exercise of such a right upon the payment of a user fee, the financial burden in this instance does not amount to an infringement of the appellants' ancestral right to fish for food. The fee, rather than constituting a revenue-generating tax for the provincial government or the Z.E.C. administration, represented a form of user fee dedicated to the upkeep of the facilities and roads of the Z.E.C. The access fee, by improving the means of transportation within the Z.E.C., effectively facilitates rather than restricts the constitutional rights of the appellants.

In determining whether an infringement is justified, the court must first be satisfied that the asserted legislative objective is "compelling and substantial" and then examine whether the infringement unduly restricts the aboriginal right in question and whether the restriction can be accommodated with the Crown's special fiduciary relationship with First Nations. The infringement of the appellant Côté's right to fish resulting from s. 4(1)

telle atteinte a été commise. C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu atteinte à première vue.

Le *Règlement de pêche du Québec* porte atteinte au droit de l'appellant Côté de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. Il prévoit que les personnes qui désirent pêcher dans des territoires désignés doivent être titulaires d'un permis valide. Même si le ministre peut, à son appréciation, accorder à un autochtone un permis spécial l'autorisant à pêcher pour se nourrir, le règlement ne fixe aucun critère visant à guider ou à structurer l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Un tel régime de réglementation doit à tout le moins structurer l'exercice du pouvoir discrétionnaire, de façon à garantir que celui-ci sera appliqué d'une manière compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, comme il a été jugé dans *Adams*. Le paragraphe 4(1) et les dispositions connexes du *Règlement de pêche du Québec* sont donc indûment rigoureux envers l'appellant et l'empêchent d'avoir recours à son moyen préféré d'exercer ses droits.

Le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne porte pas atteinte au droit des appelants de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. En vertu du règlement provincial, un Algonquin peut, sans avoir à verser de droits d'entrée, entrer dans la Z.E.C. en utilisant divers moyens de transport, sauf un véhicule automobile. Suivant le critère établi dans *Sparrow*, un règlement peut être considéré comme portant atteinte à un droit ancestral ou issu de traité du fait qu'il assujettit l'exercice d'un tel droit au paiement de droits d'utilisation. Toutefois, le fardeau financier imposé en l'espèce ne constitue pas une atteinte au droit ancestral des appelants de pêcher à des fins alimentaires. Les droits d'entrée ne constituent pas une taxe génératrice de revenus pour le gouvernement provincial ou pour l'administration de la Z.E.C., mais plutôt une forme de droits d'utilisation dont le produit est consacré à l'entretien des installations et des routes de la Z.E.C. En permettant l'amélioration des voies de communication à l'intérieur de la Z.E.C., les droits ne restreignent pas les droits constitutionnels des appelants, mais dans les faits ils en facilitent plutôt l'exercice.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si l'atteinte est justifiée, le tribunal doit d'abord être convaincu que l'objectif législatif invoqué est «impérieux et réel». Puis, il doit se demander si l'atteinte restreint indûment le droit ancestral en cause et si cette restriction est conciliable avec les rapports spéciaux de fiduciaire de l'État à l'égard des premières nations. L'atteinte au droit de pêche de l'appellant Côté découlant du par. 4(1) du

of the *Quebec Fishery Regulations* was not justified. The Crown failed to meet both legs of the test of justification, since the scheme appeared driven by the objective of facilitating sport fishing, and since the scheme provided no priority to aboriginal rights to fish for food. Absent infringement, it was not necessary to consider whether this provincial regulatory scheme met the test of justification.

Section 88 of the *Indian Act* serves two distinct purposes. The first is jurisdictional. Through its operation, provincial laws otherwise not applicable to native persons under the division of powers are made applicable as incorporated federal law. The second is to accord federal statutory protection to aboriginal treaty rights through the operation of the doctrine of federal paramountcy.

Section 88 was not engaged here. Assuming without deciding the existence of the alleged treaty right, the impugned provincial regulation did not restrict or infringe this treaty right to fish. Rather, it only imposed a modest financial burden on the exercise of this alleged treaty right where access is sought by motor vehicle, and under the circumstances, the access fee actually facilitated rather than restricted the exercise of this right. Thus, even if the relevant right is characterized as a treaty right, the provincial regulation remains operative in relation to the activities of the appellants.

In considering whether to amend a defective information or indictment, a court must concern itself with the impact of the proposed amendment upon the accused. The applicable standard under s. 601 of the *Criminal Code* is whether the accused would suffer "irreparable prejudice" as a result of the amended charge. The applicable standard for amendment is the same under the *Summary Convictions Act*. To the extent that the evidence conforms with the correct charge and the appellants have not been misled or irreparably prejudiced by the variance between the evidence and the information, the defect can and should be remedied. There is no evidence here that the appellants have been prejudiced or misled by the reference to s. 5 in the information.

Règlement de pêche du Québec n'était pas justifiée. Le ministère public n'a pas réussi à satisfaire les deux volets du critère relatif à la justification, puisque le régime semblait avoir pour objectif de favoriser la pêche sportive et qu'il n'accordait aucune priorité aux droits ancestraux de pêcher à des fins alimentaires. En l'absence d'atteinte aux droits garantis, il n'était pas nécessaire d'examiner si ce régime provincial de réglementation satisfaisait au critère de justification.

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* vise deux objectifs distincts. Le premier concerne le partage des compétences. En effet, sous le régime de cette disposition, des mesures législatives provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas aux Indiens, en raison du partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, leur deviennent applicables en tant que droit fédéral incorporé par renvoi. Le deuxième consiste à accorder une protection de nature législative fédérale aux droits issus de traités des autochtones, par l'application de la prépondérance fédérale.

En l'espèce, l'art. 88 ne s'applique pas. À supposer, sans toutefois trancher la question, que le droit issu de traité invoqué existe, le règlement provincial contesté n'a pas pour effet de restreindre ce droit de pêche ou d'y porter atteinte. Il ne fait qu'assujettir l'exercice du droit issu de traité invoqué à une modeste obligation financière lorsque l'intéressé souhaite accéder au territoire en véhicule automobile, et, dans les circonstances, ces droits d'entrée ont en réalité non pas pour effet de restreindre ce droit mais plutôt d'en faciliter l'exercice. En conséquence, même s'il est subordonné aux termes du traité invoqué, le règlement provincial continue de s'appliquer aux activités des appelants.

Le tribunal appelé à décider s'il y a lieu de modifier une dénonciation ou un acte d'accusation défectueux doit tenir compte des répercussions pour l'accusé de la modification proposée. La norme applicable en ce qui concerne l'art. 601 du *Code criminel* est la question de savoir si l'accusé subirait un «préjudice irréparable» par suite de la modification de l'acte d'accusation. La norme applicable en matière de modification est la même dans les affaires fondées sur la *Loi sur les poursuites sommaires*. Dans la mesure où la preuve est conforme à la bonne accusation et où les appelants n'ont pas été induits en erreur ou n'ont pas subi de préjudice irréparable en raison d'une divergence entre la preuve et les dénonciations, la défectuosité peut et doit être corrigée. En l'espèce, il n'y a rien dans la preuve qui indique que les appelants ont subi un préjudice ou qu'ils ont été induits en erreur par suite de la mention de l'art. 5 dans les dénonciations.

Per La Forest J.: The traditional use by natives that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose can be recognized as an aboriginal right, even though the natives have no general right of occupation (“Indian title”) of the affected land. This type of servitude should be recognized and was sufficiently established here. The fact that Quebec once fell under the French regime does not affect the matter. It was not established — and certainly not in clear and plain terms — that this aboriginal right was extinguished either during the French regime or later. The right claimed is, therefore, an “existing right” under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Agreement was expressed with the reasons of Lamer C.J. with respect to the claimed right’s being infringed by the *Quebec Fishery Regulations* but not by the *Regulation respecting controlled zones* and with respect to his discussion under the headings “Treaty Rights” and “Amendment of Information and Constitutional Questions”.

Per L’Heureux-Dubé J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with subject to the comments made in *R. v. Adams*.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, rev’g *sub nom. Adams v. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1011; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, aff’g [1987] R.J.Q. 1722; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Sammut v. Strickland*, [1938] A.C. 678; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Dick*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

Le juge La Forest: L’utilisation traditionnelle — remontant avant l’arrivée des Européens — que font des autochtones d’un territoire donné, à une fin particulière, peut être reconnue comme un droit ancestral, même si ces autochtones ne possèdent pas de droit général d’occupation (souvent appelé «titre indien») du territoire visé. Ce type de servitude devrait être reconnu et son existence a été démontrée de manière suffisante en l’espèce. Il n’a pas été établi — et certainement pas en termes clairs et exprès — que ce droit ancestral a été éteint durant le régime français ou après. Le droit revendiqué est donc un droit «existant» au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il y a accord avec les motifs du Juge en chef pour ce qui concerne sa conclusion que ce droit a été violé par le *Règlement de pêche du Québec*, mais non par le *Règlement sur les zones d’exploitation contrôlée*, ainsi qu’avec les propos qu’il formule aux sections intitulées «Droits issus de traités» et «Modification des dénonciations et des questions constitutionnelles».

Le juge L’Heureux-Dubé: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sous réserve des remarques faites dans *R. c. Adams*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, inf. *sub nom. Adams c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1011; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, conf. [1987] R.J.Q. 1722; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Sammut c. Strickland*, [1938] A.C. 678; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Dick*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

Statutes and Regulations Cited

An Act respecting the Conservation and Development of wildlife, S.Q. 1983, c. 39.

Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 601.

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5 [formerly R.S.C. 1970, c. I-6], s. 88.

Quebec Act, 1774, R.S.C., 1985, App. II, No. 2.

Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852, ss. 4(1) [rep. & sub. SOR/84-56, s. 3(1)], 5(3) [rep. & sub. SOR/81-660, s. 2(1)], (9) [ad. *idem*, s. 2(2)].

Regulation respecting controlled zones, R.R.Q. 1981, 370 (supp.), ss. 5 [rep. & sub. (1984) 116 G.O. II, 2114, s. 4], 5.1 [ad. *idem*].

Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 66(1), 82, 90, 101.

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48.

Authors Cited

Boivin, Richard. "Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français" (1995), 55 *R. du B.* 135.

Brun, Henri. "Les droits des Indiens sur le territoire du Québec" (1969), 10 *C. de D.* 415.

Brun, Henri. *Le territoire du Québec: six études juridiques*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1974.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1993.

Cumming, Peter A., and Neil H. Mickenberg, eds. *Native Rights in Canada*, 2nd ed. Toronto: Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing Co. Ltd., 1972.

Eccles, W. J. "Sovereignty-Association, 1500-1783", *Canadian Historical Review* 65, 4 (1984): 475-510.

Green, Leslie Claude, and Olive P. Dickason. *The Law of Nations and the New World*. Edmonton: The University of Alberta Press, 1989.

Indian-Eskimo Association of Canada. *Native Rights in Canada*. Report of the Legal Committee of the Indian-Eskimo Association of Canada. Toronto: Harvie Foundation, 1970.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

Acte de Québec de 1774, L.R.C. (1985), app. II, n° 2.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 601.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune, L.Q. 1983, ch. 39.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5 [auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6], art. 88.

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14.

Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., ch. P-15, art. 66(1), 82, 90, 101.

Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852, art. 4(1) [abr. & rempl. DORS/84-56, art. 3(1)], 5(3) [abr. & rempl. DORS/81-660, art. 2(1)], 9 [mod. *idem*, art. 2(2)].

Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), art. 5 [abr. & rempl. (1984) 116 G.O. II, 2496, art. 4], 5.1 [aj. *idem*].

Doctrine citée

Boivin, Richard. «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français» (1995), 55 *R. du B.* 135.

Brun, Henri. «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec» (1969), 10 *C. de D.* 415.

Brun, Henri. *Le territoire du Québec: six études juridiques*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1974.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Partenaires au sein de la Confédération: les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services, 1993.

Cumming, Peter A., and Neil H. Mickenberg, eds. *Native Rights in Canada*, 2nd ed. Toronto: Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing Co. Ltd., 1972.

Eccles, W. J. «Sovereignty-Association, 1500-1783», *Canadian Historical Review* 65, 4 (1984), 475-510.

Green, Leslie Claude, and Olive P. Dickason. *The Law of Nations and the New World*. Edmonton: The University of Alberta Press, 1989.

Indian-Eskimo Association of Canada. *Native Rights in Canada*. Report of the Legal Committee of the Indian-Eskimo Association of Canada. Toronto: Harvie Foundation, 1970.

- Jaenen, Cornelius J. "French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime". In J. R. Miller, ed., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1991, 19.
- MacFarlane, R. O. "British Indian Policy in Nova Scotia to 1760", *Canadian Historical Review*, 19, 2 (1938): 154-167.
- MacNutt, W. S. *The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857*. Toronto: McClelland & Stewart, 1965.
- Slattery, Brian. "Did France Claim Canada Upon 'Discovery'?" In J. M. Bumsted, ed., *Interpreting Canada's Past* (1986), vol. I. Toronto: Oxford University Press, 1986.
- Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
- Stanley, G. F. G. "The First Indian 'Reserves' in Canada", *Revue d'histoire de l'Amérique française* 4, 2 (1950): 178-210.
- Stanley, G. F. G. *New France: The Last Phase 1744-1760*. Toronto: McClelland & Stewart, 1968.
- Jaenen, Cornelius J. «French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime». In J. R. Miller, ed., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1991, 19.
- MacFarlane, R. O. «British Indian Policy in Nova Scotia to 1760», *Canadian Historical Review*, 19, 2 (1938): 154-167.
- MacNutt, W. S. *The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857*. Toronto: McClelland & Stewart, 1965.
- Slattery, Brian. «Did France Claim Canada Upon 'Discovery'?» In J. M. Bumsted, ed., *Interpreting Canada's Past* (1986), vol. I. Toronto: Oxford University Press, 1986.
- Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
- Stanley, G. F. G. «The First Indian «Reserves» in Canada», *Revue d'histoire de l'Amérique française* 4, 2 (1950): 178-210.
- Stanley, G. F. G. *New France: The Last Phase 1744-1760*. Toronto: McClelland & Stewart, 1968.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1350, [1994] 3 C.N.L.R. 98, (1993) 107 D.L.R. (4th) 28, dismissing an appeal from a judgment of Frenette J., [1989] R.J.Q. 1893, [1991] 1 C.N.L.R. 107, dismissing an appeal from conviction by Barrière Prov. Ct. J., [1988] R.J.Q. 1969, [1989] 3 C.N.L.R. 141, under the *Quebec Fishery Regulations* and the *Regulation respecting controlled zones*. Appeal allowed with respect to the conviction under the *Quebec Fishery Regulations* but dismissed with respect to the convictions under the *Regulation respecting controlled zones*.

Agnès Laporte, Richard Gaudreau and Michel Ste-Marie, for the appellants, respondents on the cross-appeal.

René Morin and Pierre Lachance, for the respondent, appellant on the cross-appeal.

Jean-Marc Aubry, Q.C., and *Richard Boivin*, for the interveners the Attorney General of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 1350, [1994] 3 C.N.L.R. 98, (1993) 107 D.L.R. (4th) 28, qui a rejeté l'appel formé contre le jugement du juge Frenette, [1989] R.J.Q. 1893, [1991] 1 C.N.L.R. 107, qui avait rejeté l'appel interjeté contre les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Barrière de la Cour provinciale, [1988] R.J.Q. 1969, [1989] 3 C.N.L.R. 141, en vertu du *Règlement de pêche du Québec* et du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. Pourvoi accueilli en ce qui concerne la déclaration de culpabilité fondée sur le *Règlement de pêche du Québec*, mais rejeté en ce qui concerne celles prononcées en vertu du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*.

Agnès Laporte, Richard Gaudreau et Michel Ste-Marie, pour les appelants, intimés dans le pourvoi incident.

René Morin et Pierre Lachance, pour l'intimée, appelante dans le pourvoi incident.

Jean-Marc Aubry, c.r., et *Richard Boivin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Paul Dionne and Anjali Choksi, for the intervener Atikamekw-Sipi/Council of the Atikamekw Nation.

Alan Pratt and Paul Williams, for the intervener Chief Robert Whiteduck, on behalf of the Algonquins of Golden Lake First Nation and on behalf of others.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

¹ This appeal and the appeal of *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, have been released simultaneously and should be read together in light of the closely related issues raised by both cases.

² The appellants, members of the Algonquin people, were convicted of the offence of entering a controlled harvest zone in the Outaouais region of Quebec without paying the required fee for motor vehicle access. The appellant Côté was additionally convicted of the offence of fishing within the zone in the absence of a valid licence. The appellants jointly challenge their convictions on the basis that they were exercising an aboriginal right and a concurrent treaty right to fish on their ancestral lands as recognized and protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

³ The appellant Côté was convicted under the same federal fishing regulation as the accused in *Adams*. In resolving both this appeal and *Adams*, this Court must answer the question of whether an aboriginal fishing or other right must be necessarily incident to a claim of aboriginal title in land, or whether an aboriginal right may exist independently of a claim of aboriginal title. In the trilogy of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, this Court elaborated the appropriate principles for identify-

Paul Dionne et Anjali Choksi, pour l'intervenant Atikamekw-Sipi/Conseil de la Nation atikamekw.

Alan Pratt et Paul Williams, pour l'intervenant le chef Robert Whiteduck, au nom de la Première nation des Algonquins de Golden Lake et au nom d'autres personnes.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi ainsi que le pourvoi *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, ont été rendus en même temps et doivent être lus en corrélation, en raison de la connexité des questions qu'ils soulèvent.

Les appelants, des Algonquins, ont été déclarés coupables d'être entrés dans une zone d'exploitation contrôlée dans la région de l'Outaouais, au Québec, sans payer les droits d'entrée requis à l'égard des véhicules automobiles. L'appellant Côté a en outre été reconnu coupable d'avoir pêché sans permis dans cette zone. Les appelants contestent conjointement les déclarations de culpabilité prononcées contre eux, faisant valoir qu'ils exerçaient un droit ancestral et un droit issu de traité correspondant les autorisant à pêcher sur leurs terres ancestrales, droits qui sont reconnus et garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'appellant Côté a été déclaré coupable aux termes du même règlement de pêche fédéral que l'accusé dans *Adams*. Pour trancher le présent pourvoi et l'arrêt *Adams*, notre Cour doit répondre à la question de savoir si un droit de pêche ancestral ou un autre droit ancestral est nécessairement accessoire à la revendication d'un titre aborigène sur un territoire, ou si un droit ancestral peut exister indépendamment d'une telle revendication. Dans la trilogie *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672,

ing aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). This case and *Adams* will require an application of the principles articulated in this trilogy to the question of the relationship between aboriginal title and other aboriginal rights, particularly fishing rights, recognized and affirmed by s. 35(1).

Additionally, these two related appeals involve the claim of an aboriginal right within the historic boundaries of New France. As such, this Court must answer the question of whether, under the principles of the *Van der Peet* trilogy, the constitutional protection of s. 35(1) extends to aboriginal practices, customs and traditions which did not achieve legal recognition under the colonial regime of New France prior to the transition to British sovereignty in 1763.

However, unlike the appeals in *Van Der Peet*, *Gladstone, N.T.C. Smokehouse Ltd.* and *Adams*, this appeal also implicates the constitutionality of a provincial regulation which allegedly infringes a treaty right to fish. Therefore, in the context of this appeal, this Court is additionally asked to consider the overlapping statutory and constitutional protection extended to treaty rights from inconsistent provincial legislation under both s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

II. Facts

The five appellants are Algonquin Indians, members of the Desert River Band and residents of the Maniwaki reserve. The relevant facts are not in dispute. In July 1984, the appellants, accompanied by a number of young aboriginal students, entered the Controlled Harvest Zone of Bras-Coupé-Desert (the "zone d'exploitation contrôlée", or "Z.E.C."), a 1 100 km² wilderness zone located in the Outaouais region of Quebec, by motor vehicle. The Z.E.C. falls outside the Maniwaki reserve. The appellants entered the Z.E.C. for the purpose of teaching the students traditional hunting and fish-

notre Cour a exposé les principes applicables pour identifier les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). En l'espèce et dans *Adams*, il faut appliquer les principes énoncés dans cette trilogie à la question du rapport entre le titre aborigène et les autres droits ancestraux, particulièrement les droits de pêche, reconnus et confirmés par le par. 35(1).

De plus, les deux pourvois connexes dont nous sommes saisis concernent la revendication d'un droit ancestral à l'intérieur des frontières historiques de la Nouvelle-France. En conséquence, notre Cour doit décider si, suivant les principes établis dans la trilogie *Van der Peet*, la protection constitutionnelle prévue au par. 35(1) s'étend aux coutumes, pratiques et traditions autochtones qui n'ont pas été reconnues légalement par le régime colonial de la Nouvelle-France avant la transition à la souveraineté britannique en 1763.

Toutefois, contrairement aux arrêts *Van der Peet*, *Gladstone, N.T.C. Smokehouse Ltd.* et *Adams*, le présent pourvoi met également en jeu la constitutionnalité d'un règlement provincial qui, prétend-on, porterait atteinte à un droit de pêche issu de traité. Par conséquent, en l'espèce, notre Cour est en outre appelée à examiner la double protection, de nature législative et constitutionnelle, dont jouissent les droits issus de traités à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

II. Les faits

Les cinq appelants sont des Indiens algonquins, membres de la bande indienne de la rivière Désert et résidents de la réserve de Maniwaki. Les faits pertinents ne sont pas contestés. En juillet 1984, les appelants, qui étaient accompagnés de jeunes élèves autochtones, sont entrés en véhicule automobile dans la zone d'exploitation contrôlée Bras-Coupé-Desert (la «zone d'exploitation contrôlée» ou «Z.E.C.»), région sauvage d'une superficie de 1 100 km², située dans l'Outaouais, au Québec. La Z.E.C. se trouve à l'extérieur de la réserve de Maniwaki. Les appelants ont pénétré dans la

ing practices. The appellants refused to pay the required fee for motor vehicle access to the Z.E.C. Upon entry within the zone, the appellant Côté fished the waters of Desert Lake to demonstrate traditional Algonquin fishing practices. Côté did not possess a fishing licence.

7

The appellants were collectively charged with the provincial offence of failing to pay the access fee required under the *Regulation respecting controlled zones*, R.R.Q. 1981, 370 (supp.), promulgated under *An Act respecting the conservation and development of wildlife*, S.Q. 1983, c. 39. Under the Regulation as it existed at the time, an individual on foot could enter the Z.E.C. free of charge, but an individual within a vehicle could only enter the Z.E.C. for an access fee ranging from \$3 to \$7. The penalty for failing to pay the access fee was a fine ranging from \$75 to \$200 per infraction. While the sworn informations charged the appellants with infractions under s. 5 of the Regulation, the prosecution was conducted under the assumption that the appellants had committed infractions under s. 5.1 of the Regulation. As the two regulatory provisions read:

5. In order to hunt, fish or trap in a controlled zone, the following dues are payable:

(1) not more than 10 \$ per day for fishing, hunting or trapping activities, except for hunting deer, moose and black bear;

(2) not more than 25 \$ per day for hunting deer, moose and black bear.

5.1 In order to enter a controlled zone, the following dues are payable:

(1) not more than 3 \$ when a person enters alone in a vehicle;

(2) not more than 5 \$ when 2 persons enter in a vehicle;

(3) not more than 7 \$ when 3 persons or more enter in a vehicle;

(4) not more than an additional 3 \$ per vehicle entering or leaving the controlled zone between 10 p.m. and 7 a.m.

Z.E.C. afin d'enseigner aux élèves des méthodes traditionnelles de chasse et de pêche. Les appelants ont refusé de payer les droits requis pour entrer dans la Z.E.C. en véhicule automobile. Une fois entré dans la zone, l'appellant Côté a pêché dans le lac Désert pour montrer les méthodes traditionnelles de pêche des Algonquins. Côté n'avait pas de permis de pêche.

Les appelants ont été accusés collectivement d'avoir commis une infraction à la législation provinciale, c.-à-d. avoir omis de payer les droits d'entrée fixés par le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), pris en vertu de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.Q. 1983, ch. 39. En vertu du texte du Règlement en vigueur à l'époque, une personne à pied pouvait accéder gratuitement à la Z.E.C., mais la personne qui désirait y entrer à bord d'un véhicule devait payer des droits allant de 3 \$ à 7 \$. Les amendes prévues en cas de non-paiement des droits d'entrée variaient de 75 \$ à 200 \$ par infraction. Même si, dans les dénonciations faites sous serment, les appelants ont été accusés d'avoir enfreint l'art. 5 du Règlement, ils ont été poursuivis comme s'ils avaient contrevenu à l'art. 5.1 du Règlement. Ces deux articles étaient ainsi rédigés:

5. Pour chasser, pêcher ou piéger dans une zone d'exploitation contrôlée, une personne doit payer des droits:

(1) d'au plus 10 \$ par jour pour la pratique d'activités de pêche, de chasse ou de piégeage à l'exclusion de la chasse au cerf de Virginie, à l'orignal, à l'ours noir;

(2) d'au plus 25 [\$] par jour pour la chasse au cerf de Virginie, à l'orignal et à l'ours noir.

5.1 Pour accéder à une zone d'exploitation contrôlée, une personne doit payer des droits:

(1) d'au plus 3 \$ lorsqu'elle accède seule dans un véhicule;

(2) d'au plus 5 \$ lorsque 2 personnes accèdent dans un véhicule;

(3) d'au plus 7 \$ lorsque 3 personnes accèdent dans un véhicule;

(4) d'au plus 3 \$ supplémentaires par véhicule qui accède ou sort de la zone d'exploitation contrôlée entre 22 heures et 7 heures.

The single appellant Côté was additionally charged with the federal offence of fishing without a licence contrary to s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, C.R.C., c. 852, promulgated under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14. Under ss. 5(3) and 5(9) of the Regulations, the appellant could have applied for a special licence exempting him from the requirements of the Regulations. As the provisions read:

4. (1) Subject to subsections (2), (6), (18), (19) and 18(1.2), no person shall fish for any fresh-water, anadromous or catadromous fish unless he is the holder of the appropriate licence described in Schedule III.

5. . . .

(3) The Minister may issue to any person engaged in activities of an educational nature or in biological management or research a special licence exempting, subject to the conditions set out therein, the licensee from the requirements of these Regulations.

(9) The Minister may issue to an Indian or an Inuk, to a band of Indians or to an Inuit group, a special licence permitting, subject to the conditions set out therein, the catching of fish for food.

There is no evidence in the record which indicates that Côté had attempted to obtain a special licence.

The appellants admit the constituent elements of both offences. However, they claim that the federal and provincial regulations were inoperative in relation to their activities as they were exercising an aboriginal right and a concurrent treaty right to fish on their ancestral lands as recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. More specifically, they claim an aboriginal right to fish incident to a right of aboriginal title over the Z.E.C. derived from historical occupation at common law or, alternatively, under the terms of the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1 (hereinafter the "Proclamation"). For the purposes of the application of s. 35(1) and the Proclamation, it is accepted that the Z.E.C. falls within the boundaries of New France prior to

L'appellant Côté a en outre été accusé d'avoir commis une infraction à la législation fédérale, soit avoir pêché sans être titulaire d'un permis, en violation du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, C.R.C., ch. 852, pris en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14. En vertu des par. 5(3) et 5(9) du Règlement, l'appellant aurait pu demander un permis spécial l'exemptant de l'application du Règlement. Voici le texte de ces dispositions:

4. (1) Sous réserve des paragraphes (2), (6), (18), (19) et 18(1.2), il est interdit de pêcher les poissons d'eau douce anadromes ou catadromes, à moins d'être titulaire du permis approprié visé à l'annexe III.

5. . . .

(3) Le Ministre peut, par un permis spécial dans lequel il détermine les conditions, exempter les personnes en éducation, en gestion ou en recherches biologiques de l'application du présent règlement.

(9) Le Ministre peut, par un permis spécial dans lequel il détermine les conditions, autoriser un Indien ou un Inuk, une bande d'Indiens ou un groupe d'Inuit à prendre du poisson pour se nourrir.

Rien dans la preuve versée au dossier n'indique que Côté a tenté d'obtenir un permis spécial.

Les appelants admettent les éléments constitutifs des deux infractions. Toutefois, ils soutiennent que les textes réglementaires fédéraux et provinciaux étaient inopérants en ce qui concerne leurs activités, car ils exerçaient et un droit ancestral et un droit issu de traité correspondant les autorisant à pêcher sur leurs terres ancestrales, droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Plus précisément, ils revendiquent un droit de pêche ancestral qui serait accessoire à un titre aborigène sur la Z.E.C., titre découlant de leur occupation historique de ce territoire suivant la common law ou, subsidiairement, aux termes de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1 (ci-après la «Proclamation»). Pour l'application du par. 35(1) et de la Proclamation, il est admis que la Z.E.C. se trouve à l'intérieur de ce qui était les frontières de la Nouvelle-France avant 1763, et à l'intérieur de la

1763, and within the interior of the Colony of Quebec under the Proclamation at 1763.

10

On April 21, 1988, Barrière Prov. Ct. J. rejected the appellants' constitutional arguments and convicted the appellants of the stipulated offences. The appellants appealed their convictions to the Superior Court under s. 90 of the former *Summary Convictions Act*, R.S.Q., c. P-15, and on May 19, 1989, Frenette J. upheld their convictions. On further appeal to the Quebec Court of Appeal, a majority of the Court (Baudouin and Tyndale J.J.A.) again affirmed the convictions. The majority found that the appellants enjoyed a treaty right to fish within the Z.E.C., but concluded that the access fee regulation and the licensing regulation could ultimately be justified under the test set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Delisle J.A., dissenting in part, would have allowed the appellant Côté's appeal of his conviction under the *Quebec Fishery Regulations*, as the licensing requirement could not be justified under the *Sparrow* test.

III. Judgments Below

11

As a preliminary remark, I wish to note two important features of the judgments below. First, the judgments in the Provincial Court and the Superior Court were rendered prior to this Court's decisions in *Sparrow* and *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025. Accordingly, both courts lacked the elaboration by this Court of the appropriate methodology and framework for approaching both aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and treaty rights under s. 88 of the *Indian Act*. Second, in all three of the courts below, the parties characterized their asserted aboriginal right to fish as a right incident to aboriginal title. As such, the judgments of the Provincial Court, Superior Court, and the Quebec Court of Appeal uniformly focused their factual inquiries and their legal analysis on whether the appellants had established the existence of aboriginal title over the Z.E.C. territory. In short, the

colonie appelée Québec aux termes de la Proclamation en 1763.

Le 21 avril 1988, le juge Barrière de la Cour provinciale a rejeté les arguments constitutionnels des appelants et les a déclarés coupables des infractions reprochées. Les appelants ont, en vertu de l'art. 90 de l'ancienne *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., ch. P-15, interjeté appel à la Cour supérieure de leur déclaration de culpabilité. Le juge Frenette a maintenu les déclarations de culpabilité le 19 mai 1989. En appel devant la Cour d'appel du Québec, la Cour à la majorité (les juges Baudouin et Tyndale) a elle aussi confirmé les déclarations de culpabilité. La majorité a conclu que les appelants possédaient le droit issu de traité de pêcher dans la Z.E.C., mais elle a statué que le règlement imposant les droits d'entrée et celui exigeant l'obtention d'un permis pouvaient, en dernière analyse, être justifiés suivant le critère établi dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Le juge Delisle, dissident en partie, aurait fait droit à l'appel formé par l'appelant Côté contre sa déclaration de culpabilité fondée sur le *Règlement de pêche du Québec*, puisque l'obligation de posséder un permis ne pouvait être justifiée selon le critère établi dans *Sparrow*.

III. Les juridictions inférieures

Au départ, j'aimerais signaler deux points importants en ce qui concerne les décisions des juridictions inférieures. Premièrement, les jugements de la Cour provinciale et de la Cour supérieure ont été prononcés avant que les arrêts de notre Cour *Sparrow* et *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, aient été rendus. Par conséquent, les deux cours ne disposaient pas des explications de notre Cour concernant la méthode et le cadre d'analyse applicables pour l'examen des droits ancestraux garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des droits issus de traités visés à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Deuxièmement, devant les trois juridictions inférieures, les parties ont soutenu que le droit de pêche ancestral qu'elles revendiquaient était un droit accessoire d'un titre aborigène. Voilà pourquoi, dans leurs jugements, la Cour provinciale, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont toutes fait porter principale-

courts below did not consider the possibility that the appellants may have enjoyed a free-standing aboriginal right to fish independent of title.

Provincial Court, [1988] R.J.Q. 1969, [1989] 3 C.N.L.R. 141

At trial, the appellants adduced testimonial evidence from a number of lay and expert witnesses, including Dr. Raynald Parent (historian), Mr. Jean-Guy Deschênes (anthropologist), Mr. Jacques Frenette (anthropologist and ethnohistorian), and Messrs. Albert Brascoupé and William Commanda (elders of the Desert River Band). In argument, the appellants submitted that they had demonstrated the existence of aboriginal title over the territory of the Z.E.C. under the terms of the Proclamation and at common law. Alternatively, the appellants submitted that they had established the existence of a valid treaty, concluded in 1760 at Swegatchy and subsequently confirmed at Caughnawaga, which guaranteed a right to fish within the territory of the Z.E.C.

In reply, the respondent Attorney General called only three witnesses: Ms. Jacqueline Beaulieu (a geographer), Mr. Gilbert Ryan (an employee of the Department of Indian Affairs and Northern Development) and Mr. Claude Morin (Director of the Z.E.C.). The respondent rejected the existence of both an aboriginal right and a concurrent treaty right. The respondent further took the position that aboriginal title does not exist within the former territories of New France, as French colonial law received through the *Quebec Act, 1774*, R.S.C., 1985, App. II, No. 2, recognized no aboriginal right arising from prior occupation.

At the outset of his analysis, Barrière Prov. Ct. J. engaged in a close examination of the legal effect of the Proclamation. After surveying the relevant history, and relying upon the decisions of the Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal in *Adams v. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1011

ment leur analyse des faits et du droit sur la question de savoir si les appelants avaient démontré l'existence d'un titre aborigène sur le territoire de la Z.E.C. En résumé, les juridictions inférieures n'ont pas analysé la possibilité que les appelants puissent bénéficier d'un droit de pêche ancestral autonome, indépendant du titre.

La Cour provinciale, [1988] R.J.Q. 1969

Au procès, les appelants ont fait déposer des témoins profanes ainsi que des témoins experts, notamment M. Raynald Parent (historien), M. Jean-Guy Deschênes (anthropologue), M. Jacques Frenette (anthropologue et ethnohistorien), et MM. Albert Brascoupé et William Commanda (anciens de la bande indienne de la rivière Désert). Dans leur argumentation, les appelants ont soutenu qu'ils avaient démontré, aux termes de la Proclamation et en vertu de la common law, l'existence d'un titre aborigène sur le territoire de la Z.E.C. Subsidièrement, ils ont fait valoir qu'ils avaient établi l'existence d'un traité valide, conclu en 1760 à Swegatchy et confirmé ultérieurement à Caughnawaga, traité qui garantissait un droit de pêche dans le territoire de la Z.E.C.

En réponse, le procureur général intimé n'a fait comparaître que trois témoins: M^{me} Jacqueline Beaulieu (géographe), M. Gilbert Ryan (employé du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien) et M. Claude Morin (directeur de la Z.E.C.). L'intimé a nié l'existence d'un droit ancestral et d'un droit issu de traité. Il a en outre plaidé qu'il n'existe aucun titre aborigène visant les territoires qui formaient la Nouvelle-France, étant donné que le droit colonial français, reçu par l'intermédiaire de l'*Acte de Québec de 1774*, L.R.C. (1985), app. II, n° 2, ne reconnaissait l'existence d'aucun droit ancestral découlant de l'occupation antérieure des territoires.

Au début de son analyse, le juge Barrière a examiné de façon approfondie les conséquences juridiques de la Proclamation. Après avoir passé en revue les événements historiques pertinents et s'appuyant sur les décisions de la Cour supérieure du Québec et de la Cour d'appel du Québec dans

12

13

14

(C.A.), Barrière Prov. Ct. J. concluded that the Proclamation did not create or recognize any new aboriginal rights to land within the interior of the Colony of Quebec. However, it remained to be determined whether the appellants could establish a right to title outside the Proclamation.

Adams c. La Reine, [1993] R.J.Q. 1011 (C.A.), le juge Barrière a conclu que la Proclamation n'avait ni créé ni reconnu de droits ancestraux nouveaux sur les terres se trouvant à l'intérieur de la colonie appelée Québec. Il restait toutefois à déterminer si les appelants pouvaient établir un droit à un titre fondé sur une autre source que la Proclamation.

15 Proceeding to the circumstances of this case, Barrière Prov. Ct. J. held that the appellants did not enjoy any right to hunt or fish within the Z.E.C. on the basis of an ancestral right connected to aboriginal title. On the basis of the historical evidence presented before him (particularly by the historian Parent, and the anthropologists Deschênes and Frenette), the trial judge arrived at a number of conclusions. He found that the Z.E.C. was indeed located within the ancestral lands of the Desert River Band of the Algonquin Indians. He also concluded that the legal requirements for the existence of aboriginal title over this specific territory were satisfied. However, based on his interpretation of the jurisprudence, Barrière Prov. Ct. J. held that the Proclamation was not the source of any new aboriginal rights to land within the interior of the Colony of Quebec; this territorial restriction also prevented the application, within Quebec, of the common law of aboriginal title. Since the Z.E.C. fell within the boundaries of the Colony, he concluded that the appellant did not enjoy any aboriginal title over the relevant lands. In the absence of title and given the manner in which the case had been argued before him, Barrière Prov. Ct. J. thus reasoned that the appellants did not enjoy any accessory aboriginal rights to fish and hunt.

Après avoir analysé les circonstances de l'es-
pèce, le juge Barrière a statué que les appelants ne
pouvaient pas pêcher ni chasser dans les limites de
la Z.E.C. sur le fondement d'un droit ancestral se
rattachant à un titre aborigène. Se fondant sur la
preuve historique qui lui avait été présentée (en
particulier les témoignages de l'historien Parent et
des anthropologues Deschênes et Frenette), le juge
du procès a tiré un certain nombre de conclusions.
Il a conclu que la Z.E.C. était effectivement située
à l'intérieur des terres ancestrales des Algonquins
de la bande indienne de la rivière Désert. Il a en
outre conclu que les conditions juridiques requises
pour établir l'existence d'un titre aborigène sur ce
territoire spécifique étaient réunies. Toutefois, se
fondant sur son interprétation de la jurisprudence,
le juge Barrière a statué que la Proclamation n'était
la source d'aucun droit ancestral nouveau sur les
terres situées à l'intérieur de la colonie appelée
Québec. Cette limitation territoriale empêchait
également l'application, à l'intérieur du Québec,
des règles de la common law concernant le titre
aborigène. Comme la Z.E.C. se trouve à l'intérieur
de ce qui était les frontières de la colonie, il a con-
clu que les appelants ne jouissaient d'aucun titre
aborigène sur les terres concernées. Compte tenu
de l'absence de titre et de la manière dont l'affaire
avait été plaidée devant lui, le juge Barrière a sta-
tué que les appelants ne possédaient pas de droit
ancestral accessoire de pêche et de chasse.

16 Barrière Prov. Ct. J. also concluded that the appellants did not enjoy a treaty right to hunt and fish within the entire territory of the Z.E.C. He did find that an enforceable and valid treaty was concluded in 1760 at Swegatchy. He further found that this treaty included the right to possess the settled lands the Algonquins occupied at the time of discovery. But in light of the nomadic quality of the Algonquins, he was sceptical whether the Algon-

Le juge Barrière a également statué que les
appelants ne possédaient pas de droit issu de traité
leur permettant de chasser et de pêcher dans l'en-
semble du territoire de la Z.E.C. Il a néanmoins
conclu qu'un traité valide et exécutoire avait été
conclu à Swegatchy, en 1760. Il a en outre jugé
que ce traité incluait le droit à la possession des
terres sur lesquelles les Algonquins s'étaient éta-
blis et qu'ils occupaient au moment de la décou-

quins enjoyed a roaming right to hunt or fish over all their traditional hunting grounds. Rather, he was of the view that the Algonquins only enjoyed a right to hunt and fish in proximity to the lands they actually settled — lands which did not include the entire expanse of the Z.E.C.

However, unguided by this Court's future jurisprudence, Barrière Prov. Ct. J. concluded that "our laws" recognize a general aboriginal right to hunt and fish. It was during this discussion that the trial judge made his important findings of fact. More specifically, he found that the Algonquins represented an organized society which exercised exclusive occupation over this specific territory in the past. However, it is important to stress that his finding was dated at the time of the British Conquest rather than at the time of first contact. As he stated at p. 156 (C.N.L.R.):

[TRANSLATION] Based on the foregoing, although the Algonquins were not the "owners" of the place where the offences were committed, the evidence showed that they had the right to hunt and fish for their subsistence. This was an organized society that occupied the said territory. The testimony of the historian Dr. Parent, the anthropologists Mr. Deschênes and Mr. Frenette and the two elders William Commando [*sic*] and Albert Bras-coupé is also sufficient for the Court to conclude that this occupation was exclusive to the Algonquins at the time Great Britain took possession. There was no evidence that the whites or anyone else occupied the said territory. [Emphasis added.]

Accordingly, he concluded that the appellants enjoyed an aboriginal right to hunt and fish for subsistence within the Z.E.C. which was entitled to constitutional protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Lastly, the trial judge found that the regulations did not unreasonably infringe the rights of the appellants, and he accordingly entered convictions. Barrière Prov. Ct. J. did not neatly divide the questions of infringement and justification. However,

verte. Toutefois, comme les Algonquins étaient des nomades, le juge Barrière doutait que ceux-ci avaient le droit d'aller chasser ou pêcher dans tout ce qui était leurs territoires de chasse traditionnels. Il était plutôt d'avis que les Algonquins avaient uniquement le droit de chasser et de pêcher à proximité des terres où ils s'étaient réellement établis — terres qui ne comprenaient pas l'ensemble du territoire de la Z.E.C.

Toutefois, ne disposant pas des indications données par notre Cour dans ses arrêts ultérieurs, le juge Barrière a conclu que «nos lois» reconnaissent l'existence d'un droit ancestral général de chasse et de pêche. C'est au cours de cet examen que le juge du procès a tiré ses conclusions de fait importantes. Plus précisément, il a conclu que les Algonquins formaient une société organisée, qui avait occupé de façon exclusive dans le passé le territoire en cause. Il est toutefois important de souligner que sa conclusion concernait l'époque de la conquête par les Britanniques plutôt que celle du premier contact. Il a dit ce qui suit, à la p. 1978:

Basé sur ce qui précède, les Algonquins, même s'ils n'avaient pas de titre de «propriétaires» sur l'endroit où les infractions ont été commises, la preuve a révélé qu'ils avaient le droit de chasser et pêcher pour leur subsistance. En effet, il s'agissait d'une société organisée qui occupait ledit territoire. Les témoignages de l'historien Parent, des anthropologues Deschênes et Frenette, ainsi que des deux aînés William Commando (*sic*) et Albert Bras-coupé sont également suffisants pour que la Cour conclue que cette occupation était exclusive aux Algonquins lors de la prise de possession par la Grande-Bretagne. Il n'y a pas eu de preuve à l'effet que les blancs ou que d'autres Indiens en tant que société organisée auraient occupé ledit territoire. [Je souligne.]

Par conséquent, il a conclu que les appelants possédaient un droit ancestral leur permettant de chasser et de pêcher dans le territoire de la Z.E.C. pour assurer leur subsistance et ayant droit à la protection constitutionnelle accordée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Enfin, le juge du procès a conclu que les règlements ne portaient pas atteinte de manière déraisonnable aux droits des appelants, et il a en conséquence déclaré ceux-ci coupables des infractions reprochées. Le juge Barrière n'a pas fait de distinc-

he appeared to conclude that there was no infringement in this instance, as he reasoned that the appellants were not exercising their right to fish for subsistence but rather had engaged in fishing for the purpose of teaching.

Superior Court, [1989] R.J.Q. 1893, [1991] 1 C.N.L.R. 107

19 On appeal, Frenette J. affirmed the convictions. Frenette J. arrived at the same result as the trial judge, but he did so by means of a different route, premised in large part on his interpretation of the evidence. Frenette J. thoroughly reviewed the expert testimony presented in the court below. On the basis of this evidence, in contrast to Barrière Prov. Ct. J., Frenette J. found that: (1) the Algonquins never exercised sufficient historical occupation of the Z.E.C. lands to engender aboriginal title, and (2) the Algonquins did not enter into a valid treaty with English authorities at Swegatchy in 1760.

20 To begin, similar to the trial judge, Frenette J. held that the appellants did not enjoy any right to fish within the Z.E.C. on the basis of any ancestral right connected to aboriginal title. He explicitly assumed at p. 122 (C.N.L.R.) that any ancestral right would have to be tied to a right over the land: [TRANSLATION] “ancestral rights or Indian title (these expressions are often used as synonyms) . . .” (emphasis added). But unlike Barrière Prov. Ct. J., Frenette J. found that owing to their thin numbers and nomadic character, the Algonquins never enjoyed real and exclusive possession over the Z.E.C. territory at the time of contact. His interpretation of the evidence on the issue of occupation was as follows, at p. 125 (C.N.L.R.):

[TRANSLATION] If account is taken of all these factors and of the fact that the evidence shows that, given the number of Indians frequenting the territory in question, it was sparsely inhabited, while most of the Algonquins lived at the Sulpician mission at Lac des Deux-Montagnes (as noted by these anthropologists and by

tion nette entre la question de l’atteinte et celle de la justification. Toutefois, il semble avoir conclu qu’il n’y avait pas eu atteinte en l’espèce, car il a estimé que les appelants n’exerçaient pas leur droit de pêcher à des fins de subsistance au moment des infractions reprochées, mais qu’ils pêchaient plutôt à des fins d’enseignement.

La Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 1893

En appel, le juge Frenette a confirmé les déclarations de culpabilité. Il est arrivé au même résultat que le juge du procès, mais par un raisonnement différent, reposant en grande partie sur son interprétation de la preuve. Le juge Frenette a examiné minutieusement les témoignages d’experts présentés en première instance. Se fondant sur cette preuve, le juge Frenette a, à l’opposé du juge Barrière, tiré les conclusions suivantes: (1) les Algonquins n’ont jamais, historiquement, exercé une occupation suffisante des terres de la Z.E.C. pour donner naissance à un titre aborigène; et (2) les Algonquins n’ont pas conclu de traité valide avec les autorités anglaises à Swegatchy, en 1760.

Pour commencer, le juge Frenette a conclu, à l’instar du juge du procès, que les appelants ne possédaient pas de droit de pêche dans la Z.E.C. fondé sur un droit ancestral se rattachant à un titre aborigène. Il a expressément supposé que tout droit ancestral devait se rattacher à un droit sur les terres: «les droits ancestraux ou le titre indien (ces expressions sont souvent utilisées comme synonymes) . . .» (à la p. 1902) (je souligne). Toutefois, contrairement au juge Barrière, le juge Frenette a conclu que, vu leur faible nombre et leur mode de vie nomade, les Algonquins n’avaient jamais eu la possession réelle et exclusive du territoire de la Z.E.C. au moment du contact avec les Européens. Voici l’interprétation qu’il a donnée de la preuve concernant la question de l’occupation, à la p. 1905:

Si on considère tous ces éléments et le fait que la preuve révèle que le nombre d’Indiens fréquentant le territoire en litige, ce dernier était peu habité, alors que la majeure partie des Algonquins résidaient à la mission sulpicienne du lac des Deux-Montagnes (tel qu’indiqué par ces anthropologues et ainsi que par William

William Johnson), it must be concluded that the thesis put forward by the appellants is, at the very least, highly questionable and that it has instead been proved on a balance of probabilities that the Algonquins did not have real and exclusive possession of the territory in question. [Emphasis added.]

Like Barrière Prov. Ct. J., Frenette J. concluded that the Proclamation did not create any new aboriginal right to lands within the interior of the Colony of Quebec. Accordingly, in the absence of any aboriginal title over the disputed land in 1763, he concluded that the appellants did not enjoy an incidental aboriginal right to fish within the Z.E.C.

Frenette J. then held that the appellant did not enjoy any treaty right to fish within the Z.E.C. On the basis of the slim indirect historical evidence presented before the trial judge, Frenette J. concluded that no treaty was solemnized between the Algonquins and the British Crown in 1760 at Swegatchy and Caughnawaga. As such, he found no treaty right deserving of protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* or under s. 88 of the *Indian Act*.

Even if the appellants enjoyed an aboriginal or treaty right to fish for subsistence, Frenette J. was of the view that the regulations were justifiable restrictions of this right. He stressed that the requirement of a permit or an access fee did not represent a negation of such an aboriginal right. Furthermore, similar to Barrière Prov. Ct. J., he concluded that there was no evidence that the appellants were exercising a right to subsistence in this instance.

Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1350, [1994] 3 C.N.L.R. 98

Baudouin J.A. (with Tyndale J.A. concurring) upheld the convictions. At the outset of his judgment, Baudouin J.A. considered the appellant's argument under the Proclamation. Like the courts below, Baudouin J.A. concluded that the prerogative instrument did not grant or create any new and

Johnson), il faut conclure que la thèse proposée par les appelants est pour le moins très discutable et que la preuve prépondérante a plutôt établi que les Algonquins n'avaient pas eu la possession réelle et exclusive du territoire en litige. [Je souligne.]

Tout comme le juge Barrière, le juge Frenette a conclu que la Proclamation n'avait créé aucun droit ancestral nouveau sur les terres se trouvant à l'intérieur de la colonie appelée Québec. Par conséquent, comme il n'existait pas de titre aborigène sur le territoire concerné en 1763, il a conclu que les appelants ne jouissaient d'aucun droit ancestral accessoire les autorisant à pêcher dans la Z.E.C.

Le juge Frenette a ensuite statué que les appelants ne possédaient pas de droit issu de traité leur permettant de pêcher dans la Z.E.C. Sur la foi de la mince preuve historique indirecte présentée au juge du procès, le juge Frenette a conclu qu'aucun traité n'avait été conclu entre les Algonquins et la Couronne britannique à Swegatchy et à Caughnawaga, en 1760. En conséquence, il a considéré qu'il n'existait aucun droit issu de traité protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Frenette a dit être d'avis que, même si les appelants possédaient un droit ancestral ou issu de traité les autorisant à pêcher à des fins de subsistance, les mesures réglementaires constituaient des restrictions justifiées de ce droit. Il a souligné que l'obligation de se procurer un permis ou de payer des droits d'entrée ne portait pas atteinte à un tel droit ancestral. De plus, il a conclu, à l'instar du juge Barrière, que rien dans la preuve n'indiquait que les appelants avaient exercé en l'espèce un droit d'assurer leur subsistance.

La Cour d'appel, [1993] R.J.Q. 1350

Le juge Baudouin (avec l'appui du juge Tyndale) a maintenu les déclarations de culpabilité. Au début de son jugement, le juge Baudouin a examiné l'argument des appelants fondé sur la Proclamation. Comme les juges des juridictions inférieures, le juge Baudouin a conclu que ce

21

22

23

24

independent aboriginal right to lands within the interior of the Colony of Quebec. Rather, he held, the effect of the Proclamation was limited to the protection of lands lying to the exterior of the Colony, and lands falling within the Colony which had been specifically ceded by the British Crown. As he stated at p. 108 (C.N.L.R.), the Proclamation merely [TRANSLATION] “acknowledged, recognized, and stabilized the situation that had existed in the past”.

document fondé sur la prérogative de la Couronne n'avait ni accordé ni créé un droit ancestral nouveau et indépendant visant les terres se trouvant à l'intérieur de la colonie appelée Québec. Il a plutôt statué que la Proclamation n'avait pour effet que de protéger les terres situées à l'extérieur de la colonie et celles se trouvant à l'intérieur de la colonie et qui avaient déjà été spécifiquement cédées par la Couronne britannique. Il a dit, à la p. 1363, que la Proclamation n'a fait que «constater, reconnaître et stabiliser la situation existant antérieurement».

25

Baudouin J.A. then turned to examine whether, independent of the Proclamation, the appellants had demonstrated the existence of aboriginal title over the disputed lands at common law according to the requirements of *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. In his study of the nature of French colonisation, Baudouin J.A. was sceptical as to whether aboriginal title existed at the commencement of British sovereignty over New France. More specifically, it was his view that, unlike the British regime of colonisation whereby the Crown assumed ownership subject to aboriginal title, the French Crown was automatically vested with full and complete ownership of discovered territories. And following conquest, the French colonial regime of property was explicitly given legal continuity with the adoption of *The Quebec Act, 1774*. As Baudouin J.A. explained at pp. 109-10 (C.N.L.R.):

Le juge Baudouin s'est ensuite demandé si, indépendamment de la Proclamation, les appelants avaient démontré l'existence, en vertu de la common law, d'un titre aborigène sur les terres en litige, conformément aux exigences de l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Dans son analyse de la colonisation française, le juge Baudouin a exprimé son scepticisme quant à l'existence d'un titre aborigène au début de la souveraineté britannique en Nouvelle-France. Plus particulièrement, il a dit être d'avis que, contrairement au régime de colonisation britannique en vertu duquel la Couronne prenait possession des terres sous réserve du titre aborigène, la Couronne française était automatiquement investie de la propriété pleine et entière des territoires découverts. Après la conquête, l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 a expressément prévu la continuité juridique du régime foncier français. Le juge Baudouin a donné les explications suivantes à cet égard, à la p. 1364:

[TRANSLATION]

In other words, considering the specific nature of the conquest and of French settlement prior to New France's being ceded to the British, it does not seem to me to have been established that a general Indian title to the hunting and fishing grounds, as recognized in common law and for another Canadian province by *Calder v. A.G. B.C.*, may have survived legally under a public law system in which all titles and rights were held by the French Crown from the time of the taking of possession, if only symbolic, of the territory.

En d'autres termes, il ne me paraît pas acquis, en raison du caractère spécifique de la conquête et de la colonisation française, antérieures à la cession de la Nouvelle-France aux Britanniques, qu'un titre indien général sur les territoires de chasse et de pêche, reconnu en common law et pour une autre province canadienne par *Calder c. P.G. de la Colombie-Britannique* ait pu juridiquement survivre dans un régime de droit public où tous les titres et droits étaient détenus par la Couronne française dès la prise de possession du territoire, celle-ci ne fût-elle que symbolique. . .

Furthermore, passage of the *Quebec Act*, in 1774, established juridical continuity of the ownership and civil law systems between the French colonizer and his British counterpart: it did not break with the former system.

Thus, Baudouin J.A. expressed grave doubts as to whether aboriginal title survived the intervention of French sovereignty. However, in light of his finding of a treaty right to fish within the Z.E.C., he concluded that it was not necessary to resolve this difficult question of law.

On the basis of the evidence presented in the courts below, Baudouin J.A. accepted that the Algonquins did enter into a valid treaty with the British Crown in 1760 which recognized a right to possession and enjoyment of their traditional lands including the territory of the Z.E.C. He concluded that this treaty right included the right of access to these territories to fish for sustenance.

Invoking the test set out in *Sparrow*, Baudouin J.A. found that both the access fee and the licensing requirement represented infringements of the treaty right of the appellants under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. He had no difficulty in concluding that the aboriginal right to fish for subsistence included a right to teach traditional fishing techniques to a younger generation.

However, Baudouin J.A. found that the infringements were justified in the circumstances of this case. The *Regulation respecting controlled zones* advanced a legitimate governmental objective, and the infringement was modest. Further, the regulation did not restrict access *per se*, as the regulation merely imposed a user fee for access by motor vehicles which reflected the cost of upkeep of interior roads. Baudouin J.A. also found that the licensing regulation promoted a legitimate governmental objective in resource management, and the infringement was again modest. Further, he noted that the *Quebec Fishery Regulations* permit an

L'adoption de l'Acte de Québec de 1774 a, en outre, établi une continuité juridique des régimes de propriété et de droit civil entre le colonisateur français et britannique et n'a donc pas rompu avec le régime antérieur.

Le juge Baudouin a donc exprimé des doutes sérieux quant à la survie du titre aborigène par suite de la souveraineté française. Toutefois, ayant conclu à l'existence d'un droit issu de traité autorisant la pêche dans la Z.E.C., il a statué qu'il n'était pas nécessaire de trancher cette épineuse question de droit.

S'appuyant sur la preuve présentée devant les juridictions inférieures, le juge Baudouin a reconnu que, en 1760, les Algonquins avaient effectivement conclu avec la Couronne britannique un traité valide, leur reconnaissant le droit à la possession et à la jouissance de leurs terres traditionnelles, y compris le territoire de la Z.E.C. Il a conclu que ce droit issu de traité comprenait le droit d'accéder à ces territoires pour y pêcher à des fins de subsistance.

Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, le juge Baudouin a conclu que l'obligation de payer des droits d'entrée et celle d'obtenir un permis constituaient des atteintes au droit issu de traité garanti aux appelants par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'a eu aucune difficulté à conclure que le droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance emportait le droit d'enseigner les méthodes traditionnelles de pêche aux plus jeunes.

Cependant, le juge Baudouin a conclu que ces atteintes étaient justifiées dans les circonstances de l'espèce. Le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* visait un objectif légitime du gouvernement et l'atteinte était mineure. De plus, ce règlement ne restreignait pas l'accès comme tel, puisqu'il imposait simplement aux visiteurs désirant entrer en véhicule automobile des droits d'utilisation reflétant les coûts d'entretien des routes à l'intérieur de la Z.E.C. Le juge Baudouin a aussi conclu que le texte réglementaire concernant le permis de pêche visait un objectif légitime du gouvernement, soit la gestion des ressources, et que là aussi

26

27

28

aboriginal person to apply to the Minister for a special licence which provides an exemption from the more stringent requirements of the Regulations. Considering all these factors, Baudouin J.A. did not find that the treaty right restrictions were unduly harsh under the circumstances.

29 Delisle J.A., dissenting in part, was in general agreement with the reasons of Baudouin J.A. However, he parted company with his colleague on the question of whether the fishing regulation could be justified under the *Sparrow* test. He agreed that the licensing requirement *prima facie* infringed the treaty rights of the appellants protected under s. 35(1). However, Delisle J.A. found that such a restriction could not be justified under the circumstances. In his view, the blanket licensing requirement failed to accommodate the constitutional rights of the appellants adequately. While the Regulations did provide for a special licence for aboriginal persons, Delisle J.A. concluded that it was not sufficient to subject the availability of such licences to the full and unguided discretion of the Minister.

IV. Grounds of Appeal

30 The appellants sought leave to appeal their convictions, and the respondent Attorney General sought leave to cross-appeal the Court of Appeal's holding that the appellants enjoyed a treaty right to fish. This Court granted leave to appeal and cross-appeal on March 3, 1994: [1994] 1 S.C.R. vi. The following constitutional questions were originally stated on October 17, 1994:

1. Is s. 5 of the *Regulation respecting controlled zones*, as it read at the time of the offences charged, unenforceable against the appellants, in the circumstances of the present case, on their ancestral hunting and fishing lands, pursuant to s. 88 of the *Indian Act* and/or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the rights under a treaty allegedly concluded at Swegatchy, in August 1760, or by reason of the

l'atteinte était mineure. Qui plus est, il a souligné que le *Règlement de pêche du Québec* permet aux autochtones de demander au ministre un permis spécial les exemptant des exigences plus rigoureuses du Règlement. Compte tenu de tous ces facteurs, le juge Baudouin n'a pas conclu que les restrictions imposées au droit issu de traité étaient indûment rigoureuses dans les circonstances.

Le juge Delisle, dissident en partie, a souscrit dans l'ensemble aux motifs du juge Baudouin. Il s'est toutefois dissocié de son collègue sur la question de savoir si le règlement de pêche pouvait être justifié eu égard au critère établi dans *Sparrow*. Il a convenu que l'obligation d'obtenir un permis portait atteinte à première vue aux droits issus de traité des appelants, qui sont protégés par le par. 35(1). Le juge Delisle a toutefois conclu qu'une telle restriction ne pouvait pas être justifiée dans les circonstances. À son avis, l'obligation, qui est applicable à tous, d'obtenir un permis ne tenait pas compte adéquatement des droits constitutionnels des appelants. Même si le Règlement permettait effectivement aux autochtones de se procurer un permis spécial, le juge Delisle a statué qu'il était inacceptable d'assujettir l'obtention de tels permis à l'entière discrétion non balisée du ministre.

IV. Moyens d'appel

Les appelants ont sollicité l'autorisation de se pourvoir contre leur déclaration de culpabilité, et le procureur général intimé a demandé l'autorisation de présenter un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel selon laquelle les appelants bénéficiaient d'un droit de pêche issu de traité. Notre Cour a autorisé le pourvoi et le pourvoi incident le 3 mars 1994: [1994] 1 R.C.S. vi. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 17 octobre 1994:

1. L'article 5 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*, tel qu'il se lisait à l'époque des infractions reprochées, est-il inopérant à l'égard des appelants, dans les circonstances de l'espèce, sur leur territoire ancestral de chasse et de pêche, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et/ou de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits issus d'un traité, qui aurait été conclu à Swegatchy, en

aboriginal rights of the aboriginal peoples invoked by the appellants?

2. Is s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, as it read at the time of the offences charged, unenforceable against the appellant Franck Côté, in the circumstances of the present case, on his ancestral hunting and fishing lands, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights of the aboriginal peoples or the rights under a treaty allegedly concluded at Swegatchy, in August 1760, within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

It should be noted that the first stated constitutional question, drawing on the sworn information, replicates the erroneous reference in the charge to s. 5 as opposed to s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*.

V. Analysis

The core issue raised by this appeal concerns whether the appellants enjoyed an unextinguished aboriginal right or treaty right to fish within the Z.E.C. deserving of constitutional protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and whether the federal and provincial regulations in this instance infringe these rights and can be justified under the framework set out in *Sparrow, supra*. For reasons which I will elaborate, I find that the appellants have indeed established the existence of an aboriginal right to fish for food within the Bras-Coupé-Desert Z.E.C. in accordance with the principles recently articulated by this Court in the *Van der Peet* trilogy. I also find that the appellants were exercising this right in accessing the Z.E.C. for the purpose of teaching younger band members traditional Algonquin fishing practices. I further conclude that the licensing requirement of the *Quebec Fishery Regulation* represents an unjustified infringement of this ancestral right, but that the access fee requirement of *Regulation respecting controlled zones* does not represent an infringement of this right.

août 1760, ou en raison des droits ancestraux des peuples autochtones que les appelants ont invoqués?

2. Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, tel qu'il se lisait à l'époque des infractions reprochées, est-il inopérant à l'égard de l'appelant Franck Côté, dans les circonstances de l'espèce, sur son territoire ancestral de chasse et de pêche, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux des peuples autochtones ou des droits issus d'un traité qui aurait été conclu à Swegatchy, en août 1760, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l'appelant a invoqués?

Il convient de signaler que la première question constitutionnelle, qui a été formulée à l'aide de la dénonciation faite par écrit, reproduit le renvoi erroné dans l'accusation à l'art. 5 plutôt qu'à l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*.

V. Analyse

La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si les appelants possédaient un droit non éteint — ancestral ou issu de traité — leur permettant de pêcher dans la Z.E.C., droit devant bénéficier de la protection constitutionnelle du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et si les textes réglementaires fédéraux et provinciaux en cause portent atteinte à ces droits, mais peuvent être justifiés suivant le cadre d'analyse établi dans *Sparrow*, précité. Pour des motifs que je vais expliciter, je conclus que les appelants ont effectivement établi, conformément aux principes récemment formulés dans la trilogie *Van der Peet*, l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. Bras-Coupé-Desert. Je conclus en outre que les appelants exerçaient ce droit lorsqu'ils ont pénétré dans la Z.E.C. pour enseigner à des jeunes de la bande des méthodes de pêche traditionnelles des Algonquins. Je statue en outre que l'obligation d'obtenir un permis qui est prévue par le *Règlement de pêche du Québec* constitue une atteinte injustifiée à ce droit ancestral, mais que les droits d'entrée exigés par le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne constituent pas une telle atteinte.

32 However, these conclusions do not dispose of the entirety of this appeal. More specifically, in light of my holding that the appellants cannot successfully challenge their convictions under the provincial *Regulation respecting controlled zones* through the claim of an aboriginal right, it must still be considered whether the appellants could succeed in vacating these convictions through the claim of a treaty right to fish.

33 As a general rule, where a claimant challenges the application of a federal regulation under s. 35(1), the characterization of the right alternatively as an aboriginal right or as a treaty right will not be of any consequence once the existence of the right is established, as the *Sparrow* test for infringement and justification applies with the same force and the same considerations to both species of constitutional rights: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at paras. 37, 77, 78 and 79. However, in this instance, the appellants challenge a provincial regulation which allegedly restricts their aboriginal or treaty right to fish within the Z.E.C. by imposing a financial burden on their access to the land in question. As such, even if the *Regulation respecting controlled zones* is not found to infringe their constitutional rights unjustifiably under the *Sparrow* test for s. 35(1), if the right to fish is characterized as a treaty right, it may still be open to the appellants to challenge the provincial regulation under the federal statutory protection extended to aboriginal treaties under s. 88 of the *Indian Act*.

34 Accordingly, I will proceed as follows. I will begin by considering whether the appellants can succeed in challenging their convictions through the establishment of an aboriginal right to fish for food within the waters and rivers of the Z.E.C. Following my resolution of that issue, I will turn to examine whether the appellant may alternatively succeed through the establishment of a concurrent

Ces conclusions ne règlent toutefois pas entièrement le présent pourvoi. Plus précisément, comme j'ai statué que les appelants ne peuvent pas contester avec succès les déclarations de culpabilité prononcées contre eux en vertu du règlement provincial intitulé *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* en revendiquant l'existence d'un droit ancestral, il reste à se demander s'ils pouvaient obtenir l'annulation de ces déclarations de culpabilité en revendiquant l'existence d'un droit de pêche issu de traité.

En règle générale, lorsqu'un demandeur conteste l'application d'un texte réglementaire fédéral en invoquant le par. 35(1), le fait que ce droit soit qualifié de droit ancestral ou de droit issu de traité n'a aucune conséquence une fois que l'existence de ce droit est établie, car le critère formulé dans *Sparrow* relativement à l'atteinte et à la justification s'applique avec la même vigueur et suivant les mêmes considérations à ces deux sortes de droits constitutionnels: *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, aux par. 37, 77, 78 et 79. Toutefois, en l'espèce, les appelants contestent un texte réglementaire provincial qui, prétend-on, restreint leur droit ancestral ou issu de traité de pêcher dans la Z.E.C. du fait qu'il leur impose un fardeau financier en vue de l'accès au territoire en cause. En conséquence, même s'il est jugé, en vertu du critère formulé dans *Sparrow* à l'égard du par. 35(1), que le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne porte pas atteinte de façon injustifiable aux droits constitutionnels des appelants, si le droit de pêche est considéré comme un droit issu de traité, les appelants pourront toujours contester le règlement provincial en invoquant la protection législative fédérale qui s'applique, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, aux traités conclus par les autochtones.

Par conséquent, voici comment je vais examiner la question. Je vais tout d'abord me demander si les appelants peuvent contester avec succès leur déclaration de culpabilité en démontrant l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires dans les eaux de la Z.E.C. Après avoir tranché cette question, je déterminerai si les appelants peuvent subsidiairement avoir gain de cause

treaty right to fish, particularly in light of the statutory protection of s. 88 of the *Indian Act*.

A. *Aboriginal Right*

Aboriginal Rights and Aboriginal Title

Throughout the proceedings below, the appellants framed their ancestral right to fish on the Z.E.C. territory as an aboriginal right incidental to a claim of aboriginal title. The first step in their argument was therefore to contend that they enjoyed aboriginal title over the Z.E.C. through a right of historical occupation at common law as recognized in *Calder, supra*, and *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. As the appellants identified the foundation of their ancestral right in their factum:

[TRANSLATION] The Appellants submit that their right to have access to and fish in the Z.E.C., although recognized by the Treaty of Swegatchy, also exists independently of that treaty or of any instrument or grant by the Crown, the whole as recognized in *Calder* and reaffirmed in *Guerin* and *Simon*, and that their historical occupation of this territory, as the first occupiers, entitles them to exercise the rights arising from their Indian title. . . . [Emphasis added.]

In response to this approach, the courts below uniformly considered the claim of the appellants in terms of whether they had established the existence of title. The Provincial Court, the Superior Court and the Court of Appeal all declined to infer the existence of title for divergent reasons. Barrière Prov. Ct. J. found that the Algonquins had established sufficient continuous historical occupation over the disputed lands, but he considered that the common law of aboriginal title had no application within the Colony of Quebec, given his interpretation of the Proclamation. Frenette J., by contrast, failed to find sufficient occupation in light of the nomadic character of the Algonquins, and he further concluded that the Proclamation did not recognize any new title in lands within the interior of the former Colony. Baudouin J.A., for the Court of

en établissant l'existence d'un droit de pêche issu de traités correspondant, en particulier à la lumière de la protection de nature législative prévue à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

A. *Droit ancestral*

Les droits ancestraux et le titre aborigène

Devant les juridictions inférieures, les appelants ont fait valoir que leur droit ancestral de pêcher dans le territoire de la Z.E.C. était un droit ancestral accessoire à la revendication d'un titre aborigène. La première étape de leur argumentation a donc consisté à prétendre qu'ils possédaient, à l'égard de la Z.E.C., un titre aborigène découlant d'un droit d'occupation historique fondé sur la common law, conformément à ce qui a été reconnu dans les arrêts *Calder*, précité, et *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Les appelants ont décrit ainsi, dans leur mémoire, le fondement de leur droit ancestral:

Les Appelants soumettent que leurs droits d'accès et de pêche dans la Z.E.C., bien que reconnus par le Traité de Swegatchy, existent aussi indépendamment de ce traité ou de tout acte ou octroi de la Couronne, le tout tel que reconnu dans l'arrêt *Calder* et réaffirmé dans les arrêts *Guerin* et *Simon*, et que leur occupation historique de ce territoire, en tant que premier occupant, leur fait bénéficier de l'exercice des droits découlant de leur titre indien. . . [Je souligne.]

En réponse à cette argumentation, les juridictions inférieures se sont toutes demandé si les appelants avaient établi l'existence d'un titre. La Cour provinciale, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont refusé, pour des motifs différents, d'inférer l'existence d'un titre. Le juge Barrière a conclu que les Algonquins avaient prouvé une occupation historique suffisante des terres en cause, mais, vu son interprétation de la Proclamation, il a considéré que les règles de la common law concernant le titre aborigène ne s'appliquaient pas dans la colonie appelée Québec. À l'opposé, compte tenu du nomadisme des Algonquins, le juge Frenette n'a pas estimé que l'occupation avait été suffisante, et il a en outre conclu que la Proclamation n'avait reconnu aucun titre nouveau sur les terres se trouvant à l'intérieur des limites territoriales de

35

36

Appeal, declined to resolve the issue, but he strongly hinted that aboriginal title did not survive within New France following the transition to British sovereignty.

37 In short, the parties and the courts below collectively operated on the assumption that the claim of an aboriginal right to fish must rest in an underlying claim to aboriginal title over the territory in which the fishing took place. These actors, of course, did not have the benefit of this Court's recent holdings in *Van der Peet*, *Gladstone*, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.* which articulated the organizing principles governing claims under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Thus, this Court must now answer the fundamental question of whether this operating assumption was correct under the principles of the *Van der Peet* trilogy. In other words, this Court must answer whether aboriginal rights are necessarily based in aboriginal title to land, or whether claims to the land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights.

38 For the reasons I have given in the related appeal in *Adams, supra*, I find that aboriginal rights may indeed exist independently of aboriginal title. As I explained in *Adams*, at para. 26, aboriginal title is simply one manifestation of the doctrine of aboriginal rights:

... while claims to aboriginal title fall within the conceptual framework of aboriginal rights, aboriginal rights do not exist solely where a claim to aboriginal title has been made out. Where an aboriginal group has shown that a particular practice, custom or tradition taking place on the land was integral to the distinctive culture of that group then, even if they have not shown that their occupation and use of the land was sufficient to support a claim of title to the land, they will have demonstrated that they have an aboriginal right to engage in that practice, custom or tradition. The *Van der Peet* test protects activities which were integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right; it does not require that that group satisfy the further hurdle of demonstrating that their connection with the piece of land on

l'ancienne colonie. Le juge Baudouin de la Cour d'appel a refusé de trancher cette question, mais il a fortement laissé entendre que le titre aborigène n'avait pas survécu en Nouvelle-France après la transition à la souveraineté britannique.

En résumé, tant les parties que les juridictions inférieures ont posé comme hypothèse que la revendication d'un droit de pêche ancestral doit être fondée sur la revendication du titre aborigène sur le territoire où la pêche a été pratiquée. Les intéressés ne disposaient évidemment pas des arrêts récents de notre Cour dans *Van der Peet*, *Gladstone* et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, dans lesquels les principes qui régissent les revendications fondées sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont été formulés. Notre Cour doit donc maintenant répondre à la question fondamentale de savoir si cette hypothèse de base était correcte compte tenu des principes dégagés dans la trilogie *Van der Peet*. En d'autres termes, notre Cour doit déterminer si les droits ancestraux se rattachent nécessairement au titre aborigène sur le territoire visé, ou si les revendications territoriales ne sont que la manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux.

Pour les motifs que j'ai exposés dans le pourvoi connexe *Adams*, précité, je conclus que des droits ancestraux peuvent effectivement exister indépendamment d'un titre aborigène. Comme je l'ai expliqué dans *Adams*, au par. 26, le titre indien n'est qu'une manifestation de la doctrine des droits ancestraux:

... même si les revendications d'un titre aborigène s'inscrivent dans le cadre conceptuel des droits ancestraux ces droits n'existent pas uniquement dans les cas où le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène a été établi. Lorsqu'un groupe autochtone démontre qu'une coutume, une pratique ou une tradition particulière pratiquée sur le territoire concerné faisait partie intégrante de sa culture distinctive, ce groupe aura alors prouvé qu'il a le droit ancestral de s'adonner à cette coutume, pratique ou tradition, même s'il n'a pas établi qu'il a occupé et utilisé suffisamment le territoire en question pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Le critère établi dans *Van der Peet* protège les activités qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en

which the activity was taking place was of a central significance to their distinctive culture sufficient to make out a claim to aboriginal title to the land.

We wish to reiterate the fact that there is no *a priori* reason why the defining practices, customs and traditions of such societies and communities should be limited to those practices, customs and traditions which represent incidents of a continuous and historical occupation of a specific tract of land.

However, as I stressed in *Adams*, at para. 30, a protected aboriginal right falling short of aboriginal title may nonetheless have an important link to the land. An aboriginal practice, custom or tradition entitled to protection as an aboriginal right will frequently be limited to a specific territory or location, depending on the actual pattern of exercise of such an activity prior to contact. As such, an aboriginal right will often be defined in site-specific terms, with the result that it can only be exercised upon a specific tract of land.

Aboriginal Title and the Royal Proclamation, 1763

As noted previously, the appellants argued that they possessed aboriginal title over the disputed territories derived from historical occupation at common law. Additionally, they argued that they independently enjoyed a right to title over the territories of the Z.E.C. under the terms of the Proclamation. The respondent Attorney General, by contrast, submits that not only did the Proclamation not create an independent aboriginal interest in lands within the interior of the Colony, but it effectively precluded the recognition of any aboriginal interest or right upon such lands at common law in the absence of a specific concession.

For the purposes of this appeal, it is unnecessary to wade deeper into the murky historical waters

cause. Il n'exige pas que ce groupe franchisse l'obstacle supplémentaire que constituerait la démonstration que le rapport qu'il entretient avec le territoire sur lequel l'activité se déroulait avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale suffisante pour établir le bien-fondé d'une revendication visant le titre sur ce territoire.

Nous désirons réitérer le fait qu'il n'y a aucune raison justifiant de considérer, a priori, que les coutumes, pratiques et traditions déterminantes de ces sociétés et collectivités devraient se limiter aux coutumes, pratiques et traditions qui sont des accessoires d'une occupation continue et historique d'un territoire spécifique.

Toutefois, comme je l'ai souligné dans *Adams*, au par. 30, il est néanmoins possible qu'un droit ancestral protégé, même s'il ne s'agit pas d'un titre aborigène, ait un lien important avec le territoire où il est exercé. Une coutume, pratique ou tradition autochtone valant d'être protégée en tant que droit ancestral se limitera fréquemment à un endroit ou territoire spécifique, compte tenu de la façon dont elle était concrètement exercée avant le contact avec les Européens. En conséquence, un droit ancestral sera souvent défini en fonction d'un site spécifique, avec pour conséquence qu'il ne peut être exercé qu'à cet endroit.

Le titre aborigène et la Proclamation royale de 1763

Comme je l'ai indiqué précédemment, les appellants ont soutenu qu'ils possédaient, à l'égard des territoires en litige, un titre aborigène découlant de leur occupation historique de ces territoires au sens de la common law. Ils ont de plus prétendu qu'ils jouissaient indépendamment du droit au titre sur le territoire de la Z.E.C. aux termes de la Proclamation. À l'opposé, le procureur général intimé soutient que, non seulement la Proclamation n'a pas créé un intérêt ancestral indépendant sur les terres se trouvant à l'intérieur de la colonie, mais elle a dans les faits empêché la reconnaissance, en vertu de la common law, de tout droit ou intérêt ancestral sur de telles terres en l'absence d'une concession expresse.

Il est inutile, pour les fins du présent pourvoi, de s'attarder davantage sur les détails historiques

39

40

41

surrounding the legal effect of the Proclamation because the case can be disposed of on other grounds. In light of the principles articulated in *Adams*, it is clear that the appellants were not obliged to prove aboriginal title over the Z.E.C., whether at common law or under the Proclamation, as a precondition to demonstrating the existence of an ancestral right to fish. Rather, the appellants may succeed in their claim of an aboriginal right under s. 35(1) if they are able to establish that fishing within the territory of the Z.E.C. was "an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture" of the Algonquin people. For the reasons which I will elaborate below, I am satisfied that the appellants have indeed met the requirements of the *Van der Peet* test in this instance.

Aboriginal Rights within New France

42

In the proceedings below, the respondent adopted the position that the Algonquins could not assert the existence of aboriginal title within the former boundaries of New France in light of the process of French colonization and the legal transition to British sovereignty following capitulation. In short, given the intervention of French sovereignty following first contact with aboriginal peoples within New France, it is argued that the common law does not recognize the existence of an aboriginal *sui generis* interest in land within France's former colonial possessions in Canada. The Attorney General of Quebec took the position that the intervention of French sovereignty necessarily prohibits the recognition of aboriginal title and other ancestral rights under s. 35(1) within the prior geographic expanse of New France. As the respondent argued in categorical terms:

[TRANSLATION] The effects of French sovereignty and of the legal system specific thereto are therefore clear: no aboriginal right could have survived the assertion of French sovereignty over the territory of New France. [Emphasis added.]

nébuleux des effets juridiques de la Proclamation, car l'affaire peut être décidée sur d'autres fondements. À la lumière des principes formulés dans l'arrêt *Adams*, il est clair que les appelants n'étaient pas tenus de prouver, comme préalable à l'existence d'un droit de pêche ancestral, l'existence d'un titre aborigène sur la Z.E.C., que ce soit en vertu de la common law ou de la Proclamation. Au contraire, les appelants peuvent réussir à prouver leur revendication d'un droit ancestral visé au par. 35(1) s'ils parviennent à établir que la pêche dans le territoire de la Z.E.C. était «un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive» du peuple algonquin. Pour les motifs que je vais exposer plus loin, je suis convaincu que les appelants ont satisfait, en l'espèce, aux exigences du critère établi dans *Van der Peet*.

Les droits ancestraux en Nouvelle-France

Devant les juridictions inférieures, l'intimé a fait valoir que, en raison du régime français de colonisation et de la transition juridique à la souveraineté britannique après la capitulation, les Algonquins ne pouvaient pas revendiquer l'existence d'un titre aborigène sur les terres situées à l'intérieur des anciennes frontières de la Nouvelle-France. Brièvement, étant donné qu'il y a eu souveraineté de la France à la suite du premier contact entre les Européens et les peuples autochtones vivant en Nouvelle-France, on prétend que la common law ne reconnaît pas l'existence d'un titre aborigène ancestral *sui generis* sur les terres situées dans les anciennes possessions coloniales de la France au Canada. Le procureur général du Québec a fait valoir que la souveraineté qu'a exercée la France empêche nécessairement la reconnaissance d'un titre aborigène et d'autres droits ancestraux visés au par. 35(1) à l'intérieur du territoire qui constituait la Nouvelle-France. L'intimé a présenté cet argument dans les termes catégoriques suivants:

Les effets de la souveraineté française et du régime juridique qui lui était propre sont donc clairs: aucun droit de nature ancestrale n'a pu subsister à l'assertion de la souveraineté française sur le territoire de la Nouvelle-France. [Je souligne.]

The argument of the respondent is fairly straightforward. Under the British law of discovery, the British Crown assumed ownership of newly discovered territories subject to an underlying interest of indigenous peoples in the occupation and use of such territories. Accordingly, the Crown was only able to acquire full ownership of the lands in the New World through the slow process of negotiations with aboriginal groups leading to purchase or surrender.

Unlike the British process of colonization, however, it is suggested that the French Crown did not legally recognize any subsisting aboriginal interest in land upon discovery. Rather, the French Crown assumed full ownership of all discovered lands upon symbolic possession and conquest. Accordingly, French colonizers never engaged in the consistent practice of negotiating formal territorial surrenders with the aboriginal peoples. G. F. G. Stanley, summarized this process in "The First Indian 'Reserves' in Canada", *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 4, 2 (1950): 178-210, at p. 209, as follows:

One point of interest emerges with respect to the Indian reserves of the Ancien Régime. At no time was there any recognition on the part of the French crown of any aboriginal proprietary rights in the soil. The French settler occupied his lands in Canada without any thought of compensating the native. There were no formal surrenders from the Indians, no negotiations, and no treaties such as marked the Indian policy of the British period. The lands which were set aside for the Indians were granted not of right but of grace, not to the Indians themselves but to the religious orders who cared for them. The nearest approach to any grant to the Indians themselves was the Sillery grant of 1651. Whatever rights the Indians acquired flowed not from a theoretical aboriginal title but from the clemency of the crown or the charity of individuals.

See, similarly, Peter A. Cumming and Neil H. Mickenberg, eds., *Native Rights in Canada* (2nd ed. 1972), at pp. 80-81; Henri Brun, "Les droits

L'argument de l'intimé est assez simple. En vertu du droit britannique régissant la découverte de nouveaux territoires, la Couronne britannique devenait propriétaire des territoires nouvellement découverts, sous réserve du droit sous-jacent des peuples autochtones d'occuper et d'utiliser ces territoires. Par conséquent, la Couronne ne pouvait acquérir la pleine propriété des terres du Nouveau Monde que par un long processus de négociations avec les groupes autochtones en vue de l'achat ou de la cession des terres.

Toutefois, on affirme que, à l'opposé du régime britannique de colonisation, la Couronne française ne reconnaissait, en droit, aucun titre aborigène subsistant sur les terres après la découverte. Au contraire, la Couronne française acquérait la propriété pleine et entière de toutes les terres découvertes dès leur conquête et leur prise de possession symbolique. Par conséquent, les colonisateurs français n'ont jamais eu pour pratique de négocier avec les peuples autochtones la cession officielle des territoires. G. F. G. Stanley a résumé ce processus dans un article intitulé «The First Indian «Reserves» in Canada», *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 4, 2 (1950): 178-210, à la p. 209:

[TRADUCTION] Une question se soulève en ce qui concerne les réserves indiennes à l'époque de l'Ancien Régime. En aucun temps la Couronne française n'a reconnu l'existence de quelque droit de propriété ancestral sur le sol. Le colon français occupait ses terres au Canada sans penser à indemniser les autochtones. Il n'y a eu ni cession officielle par les Indiens ni négociation et traité, contrairement à la situation qui a marqué la politique relative aux Indiens au cours de la période britannique. Les terres qui étaient mises de côté pour les Indiens étaient accordées non pas de plein droit mais plutôt comme une faveur, et elles étaient concédées non pas aux Indiens eux-mêmes mais aux ordres religieux qui s'occupaient d'eux. Ce qui s'est rapproché le plus d'une cession aux Indiens eux-mêmes est la cession de Sillery en 1651. Les droits qu'ont pu acquérir les Indiens ne découlaient pas d'un théorique titre aborigène, mais plutôt de gestes de magnanimité de la Couronne ou d'actes de charité de certains individus.

Voir, dans le même ordre d'idée, Peter A. Cumming et Neil H. Mickenberg, dir., *Native Rights in Canada* (2^e éd. 1972), aux pp. 80 et 81; Henri

des Indiens sur le territoire du Québec" (1969), 10 *C. de D.* 415, at pp. 428-30; Henri Brun, *Le territoire du Québec: six études juridiques* (1974), at p. 64; L. C. Green and O. P. Dickason, *The Law of Nations and the New World* (1989), at p. 223. The French monarch did cede important specific lands to missions for the purpose of organizing and evangelizing the indigenous residents of New France. As well, colonial authorities did indeed tolerate the fact that aboriginal peoples occupied and engaged in traditional practices and activities (such as fishing and hunting) on Crown lands. However, it is contended that the toleration of such activities represented a general liberty accorded to all of the King's subjects, rather than the recognition of a special right enjoyed by aboriginal peoples.

45 The respondent further argues that following capitulation, pre-existing French colonial law was fully received under the terms of *The Quebec Act, 1774* and under the general principles of the British law of conquest. See *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.), at pp. 1047-48 (E.R.), respectively; *Sammut v. Strickland*, [1938] A.C. 678 (P.C.), at p. 701. In the absence of a formal renunciation of the French colonial system, it is submitted that the common law thus incorporated the non-existence of aboriginal rights within New France in its doctrine of aboriginal title.

46 To begin, I am not persuaded that the status of French colonial law was as clear as the respondent suggests. As H. Brun admitted in "Les droits des Indiens", *supra*, at p. 442, while French law never explicitly recognized the existence of a *sui generis* aboriginal interest in land, [TRANSLATION] "nor did it [explicitly] state that such an interest did not exist". Indeed, some legal historians have suggested that the French Crown never assumed full title and ownership to the lands occupied by aboriginal peoples in light of the nature and pattern of French settlement in New France.

Brun, «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec» (1969), 10 *C. de D.* 415, aux pp. 428 à 430; Henri Brun, *Le territoire du Québec: six études juridiques* (1974), à la p. 64; L. C. Green et O. P. Dickason, *The Law of Nations and the New World* (1989), à la p. 223. Le monarque français a bel et bien cédé aux missions de vastes terres spécifiques afin qu'elles y regroupent et évangélisent les indigènes habitant la Nouvelle-France. De même, les autorités coloniales toléraient effectivement que des peuples autochtones occupent des terres de la Couronne et y exercent des activités et pratiques traditionnelles (telles la chasse et la pêche). On prétend toutefois que la tolérance de ce genre d'activités était une permission générale accordée à tous les sujets du roi plutôt que la reconnaissance d'un droit spécial aux peuples autochtones.

L'intimé soutient en outre que, après la capitulation, le droit colonial français qui s'appliquait auparavant a été entièrement reçu en vertu des termes de l'*Acte de Québec de 1774* et des principes généraux du droit britannique applicables en matière de conquête. Voir *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (B.R.), aux pp. 1047 et 1048 (E.R.); *Sammut c. Strickland*, [1938] A.C. 678 (P.C.), à la p. 701. En l'absence d'une renonciation formelle au système colonial français, on affirme que la common law a donc incorporé dans sa doctrine relative au titre aborigène le principe de l'inexistence de droits ancestraux en Nouvelle-France.

Pour commencer, je ne suis pas convaincu que l'état du droit colonial français était aussi clair que le prétend l'intimé. Comme l'a admis H. Brun dans «Le droit des Indiens», *loc. cit.*, à la p. 442, même si le droit français n'a jamais explicitement reconnu l'existence d'un titre aborigène *sui generis* sur les terres, «il n'en avait pas non plus précisé l'inexistence» en termes explicites. De fait, certains spécialistes de l'histoire du droit ont indiqué que la Couronne française n'avait jamais acquis la propriété pleine et entière des territoires occupés par les peuples autochtones, eu égard à la nature et à la manière dont s'est effectué le peuplement français en Nouvelle-France.

According to this historical interpretation, from the time of Champlain to 1763, French settlements within New France fell almost exclusively within the St. Lawrence Valley. At the date of Champlain's arrival in the Montreal area in 1603, the surrounding region was largely devoid of indigenous inhabitants. In one of the mysteries of the history of New France, the Iroquois people who occupied the region at the date of Jacques Cartier's visit in 1534 had simply disappeared by 1603. The French colonists thus claimed and occupied this particular area as *terra nullius*. But these historians argue that the French chose not to further encroach on the traditional lands of the aboriginal peoples surrounding the valley. In the west of New France, for instance, French seigneuries did not extend further than the Long-Sault, stopping well before the vague eastern boundary of the ancestral lands of the Algonquins. The French, of course, had good reason for not encroaching upon these lands, as they were both outnumbered and surrounded by potentially hostile forces in the Valley. Content with occupation of the *terra nullius* of the Valley, the French thus never engaged in a pattern of surrender and purchase similar to British colonial policy. In this interpretation, it is argued that the French Crown only assumed ownership of the lands lining the St. Lawrence River which it actually occupied and organized under the Seigniorial system. See, e.g., Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 768-69; Brian Slattery, "Did France Claim Canada Upon 'Discovery'?", in J. M. Bumsted, ed., *Interpreting Canada's Past* (1986), vol. I, at pp. 2-26; W. J. Eccles, "Sovereignty-Association, 1500-1783", *Canadian Historical Review*, 65, 4 (1984): 475-510, at pp. 480-87; Report of the Legal Committee of the Indian-Eskimo Association of Canada, *Native Rights in Canada* (1970), at pp. 62-66; Cumming and Mickenberg, *Native Rights in Canada*, *supra*, at pp. 83-84; Cornelius J. Jaenen, "French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime", in J. R. Miller, ed., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada* (1991), 19, at p. 20; Richard Boivin, "Le droit des autochtones sur le

47

Selon cette interprétation de l'histoire, de l'arrivée de Champlain jusqu'en 1763, les établissements français en Nouvelle-France se trouvaient presque exclusivement dans la vallée du Saint-Laurent. Lorsque Champlain est arrivé dans la région de Montréal en 1603, il n'y avait pratiquement pas d'autochtones dans les régions avoisinantes. Le fait qu'en 1603 les Iroquois qui occupaient cette région au moment de la visite de Jacques Cartier en 1534 avaient tout simplement disparu de celle-ci est l'un des mystères de l'histoire de la Nouvelle-France. Les colonisateurs français ont donc revendiqué et occupé cette région en tant que *terra nullius*. Ces historiens soutiennent toutefois que les Français ont choisi de ne pas empiéter davantage sur les terres traditionnelles des peuples autochtones entourant la vallée. Par exemple, dans l'ouest de la Nouvelle-France, les seigneuries françaises n'allaient pas plus loin que Long-Sault, cessant bien avant la limite orientale imprécise des terres ancestrales des Algonquins. Les Français avaient évidemment une bonne raison de ne pas empiéter sur ces terres, puisqu'ils étaient entourés par des forces plus nombreuses et potentiellement hostiles dans la vallée. Se contentant d'occuper les *terra nullius* de la vallée, les Français ne se sont donc jamais lancés dans un processus de négociation de cession et d'achat, comme ce fut le cas sous la politique coloniale britannique. Selon cette interprétation, on prétend que la Couronne française a uniquement acquis la propriété des terres qui longent le fleuve Saint-Laurent et qu'elle a occupées et organisées en seigneuries. Voir, p. ex., Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 768 et 769; Brian Slattery, «Did France Claim Canada Upon 'Discovery'?», dans J. M. Bumsted, dir., *Interpreting Canada's Past* (1986), vol. I, aux pp. 2 à 26; W. J. Eccles, «Sovereignty-Association, 1500-1783», *Canadian Historical Review*, 65, 4 (1984): 475-510, aux pp. 480 à 487; Rapport du Comité juridique de l'Association indienne-esquimaude du Canada, *Native Rights in Canada* (1970), aux pp. 62 à 66; Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 83 et 84; Cornelius J. Jaenen, «French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime», dans J. R. Miller, dir., *Sweet*

territoire québécois et les effets du régime français" (1995), 55 *R. du B.* 135, at pp. 156-60.

Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada (1991), 19, à la p. 20; Richard Boivin, «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français» (1995), 55 *R. du B.* 135, aux pp. 156 à 160.

48

This argument is supported by the fact that, in its diplomatic relations, the French Crown maintained that aboriginal peoples were sovereign nations rather than mere subjects of the monarch. As Cumming and Mickenberg chronicle in *Native Rights in Canada*, *supra*, at pp. 81-83, 96-98, in the diplomatic period following the Treaty of Utrecht, 1713, the French officially maintained that they could not cede title to lands occupied by aboriginal peoples in the Maritimes and Upper New York State as such peoples were independent nations allied with the French Crown, rather than mere royal subjects. The French similarly disavowed responsibility for Indian attacks on the British, on the grounds that aboriginal nations were independent allies of the French monarch rather than his royal subjects. See R. O. MacFarlane, "British Indian Policy in Nova Scotia to 1760", *Canadian Historical Review* 19, 2 (1938): 154-167, at pp. 160-61; W. S. MacNutt, *The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857* (1965), at pp. 29-30; G. F. G. Stanley, *New France: The Last Phase 1744-1760* (1968), at pp. 80-85. While such assertions were raised in the context of subtle diplomatic manoeuvring between the two European powers, they do not appear to have been received as entirely hollow.

Cet argument est étayé par le fait que, dans ses relations diplomatiques, la Couronne française a maintenu que les autochtones formaient des nations souveraines et n'étaient pas de simples sujets du monarque. Comme Cumming et Mickenberg le rapportent dans *Native Rights in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 81 à 83 et 96 à 98, au cours de la période de discussions diplomatiques qui a suivi la signature du Traité d'Utrecht en 1713, les Français ont officiellement maintenu qu'ils ne pouvaient pas céder le titre sur les terres occupées par des peuples autochtones dans les Maritimes et au nord de l'État de New York, car ces peuples étaient des nations indépendantes, alliées de la Couronne française, plutôt que de simples sujets du roi. De même, les Français ont décliné toute responsabilité à l'égard des attaques des Indiens contre les Britanniques, pour le motif que les nations autochtones étaient des alliés indépendants du monarque français plutôt que des sujets royaux. Voir R. O. MacFarlane, «British Indian Policy in Nova Scotia to 1760», *Canadian Historical Review* 19, 2 (1938): 154-167, aux pp. 160 et 161, W. S. MacNutt, *The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857* (1965), aux pp. 29 et 30; G. F. G. Stanley, *New France: The Last Phase 1744-1760* (1968), aux pp. 80 à 85. Même si ces déclarations ont été faites dans le cadre de subtiles manœuvres diplomatiques par les deux puissances européennes, elles ne semblent pas avoir été considérées comme des paroles entièrement creuses.

49

Furthermore, even under the assumption that the respondent's characterization of French colonial system is accurate, it is not at all clear that French colonial law governing relations with aboriginal peoples was mechanically received by the common law upon the commencement of British sovereignty. It is true that under *The Quebec Act, 1774*, and under the legal principles of British conquest, the pre-existing laws governing the acquired territory of New France were received and continued

De plus, même si l'on suppose que la caractérisation faite par l'intimé du système colonial français est exacte, il est loin d'être évident que le droit colonial français régissant les relations avec les peuples autochtones a été automatiquement reçu par la common law au début de la souveraineté britannique. Il est vrai que, aux termes de l'*Acte de Québec de 1774* et en vertu des principes de droit britannique concernant les conquêtes, les lois existantes qui régissaient le territoire acquis de la

in the absence of subsequent legislative modification. It is by these legal means that the distinct civilian system of private law continues to operate and thrive within the modern boundaries of the province of Quebec. But while the new British regime received and continued the former system of colonial law governing the proprietary relations between private individuals, it is less clear that the advent of British sovereignty continued the French system of law governing the relations between the British Crown and indigenous societies. In short, the common law recognizing aboriginal title was arguably a necessary incident of British sovereignty which displaced the pre-existing colonial law governing New France. As Professor Slattery argues in "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 737-38:

The doctrine of aboriginal rights, like other doctrines of colonial law, applied automatically to a new colony when the colony was acquired. In the same way that colonial law determined whether a colony was deemed to be "settled" or "conquered", and whether English law was automatically introduced or local laws retained, it also supplied the presumptive legal structure governing the position of native peoples. The doctrine of aboriginal rights applied, then, to every British colony that now forms part of Canada, from Newfoundland to British Columbia. Although the doctrine was a species of unwritten British law, it was not part of English common law in the narrow sense, and its application to a colony did not depend on whether or not English common law was introduced there. Rather the doctrine was part of a body of fundamental constitutional law that was logically prior to the introduction of English common law and governed its application in the colony.

Indeed, this Court has held that the law of aboriginal title represents a distinct species of federal common law rather than a simple subset of the common or civil law or property law operating within the province: *Roberts v. Canada*, [1989] 1

Nouvelle-France ont été reçues et ont continué à s'appliquer en l'absence de modification législative ultérieure. C'est par ces règles de droit que le régime civil distinct de droit privé continue de s'appliquer et de se développer à l'intérieur des frontières modernes de la province de Québec. Cependant, même si le nouveau régime britannique a reçu et continué d'appliquer l'ancien système de droit colonial régissant les rapports entre les individus en matière de droit de propriété, il est moins évident que l'avènement de la souveraineté britannique a perpétué le système de droit français réglant les relations entre la Couronne britannique et les sociétés autochtones. En résumé, il est possible de prétendre que la reconnaissance du titre aborigène par la common law constituait une conséquence nécessaire de la souveraineté britannique, qui a écarté le droit colonial antérieur qui régissait la Nouvelle-France. Le professeur Slattery affirme ce qui suit dans «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 737 et 738:

[TRADUCTION] La doctrine relative aux droits ancestraux, tout comme les autres aspects du droit colonial, s'appliquait automatiquement à une nouvelle colonie lorsque celle-ci était acquise. De la même manière qu'il déterminait si une colonie était réputée avoir été «établie» ou «conquise», et si le droit anglais était automatiquement introduit ou si les règles de droit locales étaient maintenues, le droit colonial établissait aussi les présomptions juridiques régissant la situation des peuples autochtones. La doctrine des droits ancestraux s'appliquait donc à chacune des colonies britanniques qui font maintenant partie du Canada, de Terre-Neuve à la Colombie-Britannique. Même si cette doctrine constituait une sorte de règle de droit britannique non écrite, elle ne faisait pas partie de la common law anglaise au sens restreint, et son application dans une colonie ne dépendait pas de la question de savoir si oui ou non la common law anglaise y avait été introduite. Cette doctrine faisait plutôt partie d'un ensemble de règles de droit constitutionnel fondamentales qui étaient logiquement antérieures à l'introduction de la common law anglaise et qui régissaient son application dans la colonie.

De fait, notre Cour a statué que le droit relatif au titre aborigène constitue une catégorie distincte de la common law fédérale plutôt qu'une branche de la common law, du droit civil ou du droit des biens applicable dans la province: *Roberts c. Canada*,

S.C.R. 322, at p. 340. See the views of the Royal Commission on Aboriginal Peoples on the status of aboriginal rights as federal common law in *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution* (1993), at p. 20.

50 However, I do not rely on such reasoning to reject the position of the respondent on the reception of French colonial law. Rather, I believe that the respondent's submission is best addressed under the terms and purpose of the constitutional enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

51 I do not believe that the intervention of French sovereignty negated the potential existence of aboriginal rights within the former boundaries of New France under s. 35(1). The entrenchment of aboriginal ancestral and treaty rights in s. 35(1) has changed the landscape of aboriginal rights in Canada. As explained in the *Van der Peet* trilogy, the purpose of s. 35(1) was to extend constitutional protection to the practices, customs and traditions central to the distinctive culture of aboriginal societies prior to contact with Europeans. If such practices, customs and traditions continued following contact in the absence of specific extinguishment, such practices, customs and traditions are entitled to constitutional recognition subject to the infringement and justification tests outlined in *Sparrow*, *supra*, and *Gladstone*, *supra*.

52 As such, the fact that a particular practice, custom or tradition continued, in an unextinguished manner, following the arrival of Europeans but in the absence of the formal gloss of legal recognition from French colonial law should not undermine the constitutional protection accorded to aboriginal peoples. Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features which were fortunate enough to have received the legal recognition and approval of European colonizers. I should stress that the French Regime's failure to

[1989] 1 R.C.S. 322, à la p. 340. Voir les opinions de la Commission royale sur les peuples autochtones relativement au statut des droits ancestraux en tant qu'aspect de la common law fédérale dans *Partenaires au sein de la Confédération: les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (1993), à la p. 20.

Toutefois, je ne me fonde pas sur ce raisonnement pour rejeter la thèse de l'intimé en ce qui concerne la réception du droit colonial français. J'estime plutôt qu'il est préférable d'analyser l'argument de l'intimé en fonction du libellé et de l'objet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je ne crois pas que la souveraineté française a mis fin à l'existence potentielle de droits ancestraux visés au par. 35(1) à l'intérieur des frontières de ce qui constituait la Nouvelle-France. L'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités au par. 35(1) a modifié la situation des droits ancestraux au Canada. Comme il a été expliqué dans la trilogie *Van der Peet*, le par. 35(1) visait à étendre la protection de la Constitution aux coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens. Si ces coutumes, pratiques et traditions ont continué d'être observées après le contact avec les Européens et n'ont pas été éteintes de façon expresse, elles ont droit d'être reconnues dans la Constitution, sous réserve de l'application des critères relatifs à l'atteinte et à la justification formulés dans les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, précités.

En conséquence, le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie, sans être éteinte, après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par le droit colonial français, ne doit pas saper la protection constitutionnelle accordée aux peuples autochtones. Le noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé s'il ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu'elles soient reconnues légalement par les colo-

recognize legally a specific aboriginal practice, custom or tradition (and indeed the French Regime's tacit toleration of a specific practice, custom or tradition) clearly cannot be equated with a "clear and plain" intention to extinguish such practices under the extinguishment test of s. 35(1). See *Sparrow, supra*, at p. 1099; *Gladstone, supra*, at para. 34.

The respondent's view, if adopted, would create an awkward patchwork of constitutional protection for aboriginal rights across the nation, depending upon the historical idiosyncrasies of colonization over particular regions of the country. In my respectful view, such a static and retrospective interpretation of s. 35(1) cannot be reconciled with the noble and prospective purpose of the constitutional entrenchment of aboriginal and treaty rights in the *Constitution Act, 1982*. Indeed, the respondent's proposed interpretation risks undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers who failed to respect the distinctive cultures of pre-existing aboriginal societies. To quote the words of Brennan J. in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 (H.C.), at p. 42:

Whatever the justification advanced in earlier days for refusing to recognize the rights and interests in land of the indigenous inhabitants of settled colonies, an unjust and discriminatory doctrine of that kind can no longer be accepted.

Therefore, even on the assumption that the French Crown did not legally recognize the right of the Algonquins to fish within the Z.E.C. prior to the commencement of British sovereignty, it remains open to the appellants to establish that they enjoyed an aboriginal right to fish within the Z.E.C. under the principles of *Van der Peet*, *Gladstone*, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.*

nisateurs européens. Je tiens à souligner que le fait que le régime français n'ait pas reconnu une coutume, pratique ou tradition autochtone donnée (et, de fait, la tolérance tacite par le régime français d'une telle coutume, pratique ou tradition) ne peuvent manifestement pas être assimilés à l'intention «claire et expresse» d'éteindre de telles pratiques qui est requise par le critère relatif à l'extinction des droits visés au par. 35(1). Voir *Sparrow*, précité, à la p. 1099; *Gladstone*, précité, au par. 34.

Si elle était retenue, la thèse de l'intimé entraînerait la création, à la grandeur du pays, d'un ensemble de mesures disparates de protection constitutionnelle des droits ancestraux, mesures qui seraient fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions. À mon humble avis, une telle interprétation statique et rétrospective du par. 35(1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. De fait, l'interprétation proposée par l'intimé risque de saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs, qui n'ont pas respecté la culture distinctive des sociétés autochtones préexistantes. Pour reprendre les termes du juge Brennan dans *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 (H.C.), à la p. 42:

[TRADUCTION] Quel que soit le motif qui ait été avancé autrefois pour justifier le refus de reconnaître les droits de propriété des habitants autochtones des colonies, une telle doctrine injuste et discriminatoire ne peut plus désormais être acceptée.

Par conséquent, même en supposant que la Couronne française n'a pas reconnu légalement le droit des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C. avant le début de la souveraineté britannique, les appelants ont néanmoins la possibilité de démontrer qu'ils avaient, suivant les principes énoncés dans les arrêts *Van der Peet*, *Gladstone* et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, le droit ancestral de pêcher dans la Z.E.C.

Application of the *Van der Peet* Test

55 The first stage of the *Van der Peet* test requires the Court to determine the precise nature of the claim being made, taking into account such factors as the nature of the action said to have been taken pursuant to an aboriginal right, the government regulation said to infringe the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right.

56 In this case, the claim of the appellants is best characterized as a claim for an aboriginal right to fish for food within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C. At trial, the Algonquin elders Albert Brascoupé and William Commanda testified at length in relation to the practice, custom and tradition of their ancestors of fishing for sustenance within the waters of the Z.E.C., particularly but not exclusively within Desert Lake. The actions of the appellant Côté in this instance, of course, did not represent an act of fishing for food *per se*; rather, he was fishing to illustrate and teach younger aboriginal students the traditional Algonquin practices of fishing for food. But this fact should not change the nature of the appellant's claim. In the aboriginal tradition, societal practices and customs are passed from one generation to the next by means of oral description and actual demonstration. As such, to ensure the continuity of aboriginal practices, customs and traditions, a substantive aboriginal right will normally include the incidental right to teach such a practice, custom and tradition to a younger generation. Thus, looking behind the immediate context of the appellant Côté's actions, the actual substantive claim in this instance should still be viewed as a right to fish for food.

57 The characterization of the appellants' claim as a site-specific right to fish for food is confirmed by the nature of the regulations alleged to infringe the right. The *Quebec Fishery Regulations* prohibit all fishing within the area in the absence of a licence. On its face, the regulation directly regulates the

L'application du critère formulé dans *Van der Peet*

Conformément à la première étape du critère formulé dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer la nature précise de la revendication présentée, en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, le règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit.

En l'espèce, la meilleure façon de caractériser la revendication des appelants est de dire qu'ils revendiquent le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C. Au procès, les aînés Albert Brascoupé et William Commanda ont longuement témoigné sur les coutumes, pratiques et traditions de leurs ancêtres en ce qui concerne la pêche à des fins alimentaires dans les eaux de la Z.E.C., en particulier mais non exclusivement dans le lac Désert. En l'espèce, l'appellant Côté ne pêchait évidemment pas pour se nourrir, mais plutôt pour enseigner à de jeunes élèves autochtones les pratiques traditionnelles des Algonquins en matière de pêche à des fins alimentaires. Ce fait ne devrait toutefois pas changer la nature de la revendication des appelants. Dans la tradition autochtone, les coutumes, pratiques et traditions sociales sont transmises de génération en génération au moyen de descriptions orales et de démonstrations pratiques. En conséquence, de façon à assurer la continuité des coutumes, pratiques et traditions autochtones, un droit ancestral substantiel emportera normalement le droit accessoire d'enseigner cette coutume, pratique ou tradition aux générations qui suivent. Ainsi, si l'on regarde au-delà du contexte immédiat des actes de l'appellant Côté, le droit substantiel revendiqué en l'espèce devrait encore être considéré comme étant le droit de pêcher à des fins alimentaires.

La nature des textes réglementaires qui, prétend-on, porteraient atteinte au droit en cause confirme la caractérisation de la revendication des appelants, savoir le droit de pêcher à des fins alimentaires dans un site spécifique. Le *Règlement de pêche du Québec* interdit à quiconque de pêcher sans permis

fishing practices of the appellant, thus supporting the foregoing characterization. The *Regulation respecting controlled zones*, however, only prohibits access to the Z.E.C. by motor vehicle in the absence of payment of a fee. At face value, the provincial regulation would appear to regulate a right of access to land, rather than a right to fish. But a right to fish for food upon a certain tract of territory would be meaningless without a right of physical access to that territory. If the provincial regulation effectively precluded the Algonquins from gaining access to the Z.E.C., such a regulation would have a direct impact upon the claimed right to fish. Under the totality of the circumstances, the asserted right is therefore properly framed as a right to fish for food within the territory of the Z.E.C.

The second stage of the *Van der Peet* analysis requires the court to inquire whether the activity claimed to be an aboriginal right is part of a practice, custom or tradition which was, prior to the contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the aboriginal people in question. In this case, it must be determined whether fishing for food in the Z.E.C. was a central or significant feature of the distinctive culture of the Algonquin people prior to the time of contact. But as noted in *Adams*, at para. 46, evidence that at contact a custom was a significant part of their distinctive culture will generally be sufficient to demonstrate that prior to contact that custom was also significant to that particular culture. In this instance, similar to the situation of the geographically proximate Mohawks in *Adams*, I believe that the relevant time period for contact is best identified as the arrival of Samuel de Champlain in 1603, when the French began to assume effective control over the territories of New France.

dans la zone en question. La simple lecture de ce texte nous indique qu'il réglemente directement les pratiques de pêche de l'appelant, ce qui vient étayer la caractérisation qui précède. Toutefois, le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne fait qu'interdire l'accès à la Z.E.C. en véhicule automobile à moins de payer les droits prescrits. Comme tel, le texte provincial semble réglementer le droit d'accès au territoire plutôt que le droit d'y pêcher. Cependant, le droit de pêcher à des fins alimentaires dans un territoire donné serait dénué de sens en l'absence du droit d'accéder à ce territoire. Si le règlement provincial empêchait effectivement les Algonquins d'avoir accès à la Z.E.C., il aurait alors une incidence directe sur le droit de pêche revendiqué. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, on peut à juste titre caractériser le droit revendiqué de droit de pêcher à des fins alimentaires dans le territoire de la Z.E.C.

Suivant la deuxième étape de l'analyse faite dans *Van der Peet*, la Cour doit examiner si l'activité que l'on prétend être un droit ancestral est un élément d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition qui, avant le contact avec les Européens, faisait partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone concerné. En l'espèce, il faut déterminer si la pêche à des fins alimentaires dans la Z.E.C. était une caractéristique fondamentale ou importante de la culture distinctive des Algonquins avant le contact avec les Européens. Toutefois, comme il a été souligné dans *Adams*, au par. 46, la preuve qu'une coutume constituait, au moment du contact avec les Européens, un élément important de la culture distinctive d'un peuple suffira en règle générale à établir que cette coutume constituait également, avant le contact avec les Européens, un élément important de la culture en question. Dans le présent cas, qui soulève une situation analogue à celle des Mohawks dans *Adams*, qui habitent un territoire géographiquement proche de celui visé en l'espèce, j'estime que le moment qui correspond le plus précisément au contact avec les Européens est l'arrivée de Samuel de Champlain en 1603, moment où la France a pris le contrôle effectif des territoires de la Nouvelle-France.

59 Following the example of *Van der Peet, Gladstone*, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, and most recently, *Adams*, the role of this Court is to rely on the findings of fact made by the trial judge and to assess whether those findings of fact were both reasonable and support the claim that an activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal community or group in question. In this instance, both Barrière Prov. Ct. J. and Frenette J. made divergent findings of fact in relation to whether the Algonquins exercised sufficient continuous occupation over the disputed territory to give them aboriginal title to it. However, these particular findings do not relate specifically to the proper question at issue today: namely, whether the reliance on the rivers and lakes within the Z.E.C., particularly Desert Lake, as a source of food was a significant part of the life of the Algonquins prior to contact. Furthermore, as noted previously, the findings of Barrière Prov. Ct. J. were focused on the incorrect date; the trial judge scrutinized the occupation of the Algonquins at the time of British conquest, rather than the correct and much earlier date of the dawn of the 17th century.

60 However, Frenette J. did indeed make a finding of fact which was directed at the proper question before the Court in this case. On the question of title, Frenette J. undertook a comprehensive review of the historical and anthropological evidence in the record to determine whether the appellants had exercised sufficient occupancy over the Z.E.C. lands to satisfy the criteria set out in *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.). He concluded that in light of the itinerant hunting patterns and the thin population of the Algonquins, the appellants had failed to demonstrate that the Algonquins exercised real and exclusive possession over the disputed territories. But in framing his findings of fact in relation to title, he found that the evidence did demonstrate that the Algonquins exerted a

Tout comme dans les arrêts *Van der Peet, Gladstone* et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, et, plus récemment, dans l'arrêt *Adams*, le rôle de notre Cour consiste à s'en remettre aux conclusions de fait du juge du procès et à se demander si elles étaient raisonnables et si elles étayaient la prétention selon laquelle l'activité en cause était un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité ou du groupe autochtone concerné. En l'espèce, le juge Barrière et le juge Frenette ont tiré des conclusions de fait divergentes sur la question de savoir si les Algonquins ont occupé le territoire en litige de façon suffisamment continue pour acquérir le titre aborigène sur celui-ci. Toutefois, ces conclusions particulières ne concernent pas précisément la véritable question en litige dans le cas qui nous occupe, c'est-à-dire si l'exploitation, à des fins alimentaires, des rivières et des lacs de la Z.E.C., particulièrement le lac Désert, constituait un aspect important de la vie des Algonquins avant le contact avec les Européens. De plus, comme il a été signalé précédemment, les conclusions du juge Barrière n'étaient pas fondées sur la bonne date. En effet, le juge du procès a analysé l'occupation du territoire par les Algonquins à l'époque de la conquête britannique plutôt qu'à l'époque pertinente et beaucoup plus ancienne, c'est-à-dire l'aube du XVII^e siècle.

Cependant, le juge Frenette a effectivement tiré une conclusion de fait visant la véritable question en litige devant notre Cour en l'espèce. En ce qui concerne la question du titre, le juge Frenette a fait une analyse exhaustive de la preuve historique et anthropologique au dossier pour déterminer si les appellants avaient occupé les territoires de la Z.E.C. de manière suffisante pour satisfaire au critère formulé dans l'arrêt *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.). Il a conclu que, vu la faible population des Algonquins et le fait que ceux-ci étaient des chasseurs itinérants, les appelants n'avaient pas démontré que les Algonquins avaient eu la possession réelle et exclusive du territoire en litige. Toutefois, en formulant ses conclusions de fait concernant la question du titre, le juge a conclu

presence in the disputed territory at the time of contact. He stated at p. 125 (C.N.L.R.):

[TRANSLATION] If account is taken of all these factors and of the fact that the evidence shows that, given the number of Indians frequenting the territory in question, it was sparsely inhabited, while most of the Algonquins lived at the Sulpician mission at Lac des Deux-Montagnes (as noted by these anthropologists and by William Johnson), it must be concluded that the thesis put forward by the appellants is, at the very least, highly questionable and that it has instead been proved on a balance of probabilities that the Algonquins did not have real and exclusive possession of the territory in question. [Emphasis added.]

In short, while Frenette J. disputed the exclusive quality of the Algonquins' occupation of the Z.E.C., he accepted that the Algonquins did indeed frequent the territory in question at the relevant time. This finding is not contradicted by any other finding by Barrière Prov. Ct. J.

This finding is supported by the expert testimony presented at first instance. The appellants' key expert witness was Dr. Parent, a historian of aboriginal peoples in New France during the 17th century. Notwithstanding some of the Attorney General's doubts concerning Dr. Parent's expertise in this domain, the trial judge certified Parent as an expert witness on the history of the Algonquin people. In his testimony, Parent stated that in analysing the primary materials prepared by explorers and missionaries in the beginning of the 17th century, he could accurately identify the ancestral territories of the Algonquin people. As he described his methodology and conclusions:

[TRANSLATION] To determine who controlled what and where, I relied primarily on what was written by Champlain at the time, and the first books by the Jesuits, essentially all the documents of those who wrote between 1603 and 1653. On that basis, I was able to delimit the territories of each nation, because Champlain described them. . . .

que la preuve révélait effectivement que les Algonquins avaient été présents dans le territoire en litige au moment du contact avec les Européens. Il a dit ce qui suit, à la p. 1905:

Si on considère tous ces éléments et le fait que la preuve révèle que le nombre d'Indiens fréquentant le territoire en litige, ce dernier était peu habité, alors que la majeure partie des Algonquins résidaient à la mission sulpicienne du lac des Deux-Montagnes (tel qu'indiqué par ces anthropologues et ainsi que par William Johnson), il faut conclure que la thèse proposée par les appellants est pour le moins très discutable et que la preuve prépondérante a plutôt établi que les Algonquins n'avaient pas eu la possession réelle et exclusive du territoire en litige. [Je souligne.]

En résumé, même si le juge Frenette a mis en doute le caractère exclusif de l'occupation du territoire de la Z.E.C. par les Algonquins, il a reconnu que ces derniers avaient bel et bien fréquenté le territoire en litige à l'époque pertinente. Les conclusions du juge Barrière ne contredisent pas cette constatation.

Les témoignages d'experts présentés en première instance étayaient cette conclusion. Le principal témoin expert des appelants a été M. Parent, historien spécialiste des peuples autochtones qui habitait la Nouvelle-France au XVII^e siècle. Malgré les doutes exprimés par le procureur général au sujet de l'expertise de M. Parent dans ce domaine, le juge du procès a reconnu à M. Parent la qualité de témoin expert de l'histoire du peuple algonquin. Dans son témoignage, M. Parent a dit que l'analyse des documents originaux préparés par les explorateurs et les missionnaires au début du XVII^e siècle lui avait permis de délimiter avec précision les territoires ancestraux du peuple algonquin. Voici comment il a décrit sa méthode et ses conclusions:

Pour savoir qui contrôle quoi et où, je me suis servi principalement de l'œuvre de Champlain à l'époque, et des premiers livres des Jésuites, en fin de compte, de toute la documentation de ceux qui avaient écrit entre 1603 et 1653. Et ça m'a permis de délimiter les territoires de chacune des nations parce que Champlain les avaient décrits. . .

[Turning to a map] The Algonquin territory covered first the entire Ottawa River geographic basin and then all the river basins, including, as I told you earlier, the Jacques Cartier River. That means the St. Maurice as well. [Emphasis added.]

Parent concluded that the Z.E.C. Bras-Coupé-Desert fell well within these traditional grounds of the Algonquins. As he stated:

[TRANSLATION] The origin of the Algonquins is the Ottawa River, including, of course, the [Bras-Coupé-Desert] Z.E.C., which is an integral part of the Ottawa River geographic basin. [Emphasis added.]

62

Parent further testified as to the nature of Algonquin society at the time of contact. He explained that the Algonquins were, both socially and politically, a highly organized society. The foundation of their social organization consisted of multi-familial units of 15 people or more. These multi-familial units were organized into larger groups (“winter bands” and “summer bands”) for purposes of coordinating domestic activities, such as acquiring food and building shelter. According to Parent, these larger bands shared a sufficient sense of community to be characterized as a “nation”. As he noted, they were governed by [TRANSLATION] “types of laws, ways and customs accepted and followed by everyone”.

63

Parent described the Algonquins as a moderately nomadic people, who settled only temporarily and moved frequently within the area of the Ottawa River basin by means of foot, snowshoe, and canoe. Their itinerant habits were dictated by the presence and movements of their sources of sustenance, which in turn were governed by the changes of the seasons. Depending on the season, Parent testified that the Algonquin diet consisted of migratory birds, beavers, deer and moose. He was specific, however, that the Algonquins did indeed rely on fishing as an important source of

[Se tournant vers une carte] Alors le territoire algonquin il recoupe au départ tout le bassin géographique de la rivière Outaouais puis, recoupe tous les bassins hydrographiques, en fin de compte, comme je vous le disais tantôt là, jusqu’à la rivière Jacques-Cartier inclusivement. Ça veut dire aussi le St-Maurice. [Je souligne.]

M. Parent a conclu que la Z.E.C. Bras-Coupé-Desert était située à l’intérieur de ces territoires traditionnels des Algonquins. Il a dit ceci:

Et les Algonquins, leur origine c’est la rivière Outaouais, y compris, bien entendu, la Z.E.C. [Bras-Coupé-Desert], c’est une partie intégrante du bassin géographique de l’Outaouais. [Je souligne.]

M. Parent a aussi témoigné à l’égard de la nature de la société algonquine à l’époque du contact avec les Européens. Il a expliqué que les Algonquins formaient, tant sur le plan social que sur le plan politique, une société hautement organisée. Des unités multifamiliales comprenant 15 personnes ou plus constituaient le fondement de leur organisation sociale. Ces unités multifamiliales étaient organisées en groupes plus larges («bandes d’hiver» et «bandes d’été») de manière à coordonner les activités domestiques, telles la quête de nourriture et la construction d’abris. Selon M. Parent, ces bandes plus larges partageaient un sens communautaire suffisant pour qu’on les qualifie de «nation». Comme il l’a fait remarquer, elles étaient régies par des «espèces de loi, des us et coutumes acceptés et suivis par tous».

M. Parent a dit des Algonquins qu’ils formaient un peuple plus ou moins nomade, qu’ils ne s’établissaient à un endroit que temporairement et qu’ils se déplaçaient fréquemment dans la région du bassin de la rivière des Outaouais, à pied, en raquettes et en canot. Leur nomadisme était dicté par la présence et les migrations de leurs sources alimentaires, facteurs qui dépendaient des saisons. M. Parent a témoigné que, suivant la saison, le régime alimentaire des Algonquins consistait d’oiseaux migrateurs, de castors, de chevreuils et d’orignaux. Il a toutefois précisé que la pêche constituait effectivement une importante source alimentaire pour les Algonquins. Voici comment il

sustenance. As he described the traditional diet of the Algonquins with the arrival of the fall:

[TRANSLATION] August, generally late August, and early September were the fish spawning season; the fish spawned, if you will, in relatively sandy places and it was at this time that the multi-familial units and the winter bands and summer band came together, it was at this time that the summer band came together. They fished intensively in the spawning grounds of different species of fish.

Why? Strictly because the fish served to build up the provisions they would use until the major winter snowfalls in late January. So the fish were caught, dried, smoked and stored, as it were, for the fall period.

In brief, in Parent's expert opinion, fishing within these traditional lands represented an important mode of survival for the Algonquins during the fall and early winter prior to the migration of potential prey such as deer, moose, and caribou.

The content of Parent's testimony was not significantly impugned upon cross-examination. Parent did acknowledge that following war in 1632, the Algonquins left the Ottawa River basin in large numbers and sought refuge next to French settlements. The Algonquins resumed occupation of their traditional lands following a peace treaty in 1666. However, the substance of Parent's testimony relating to the society and practices of the Algonquins at the time of contact remained unchallenged.

The respondent Attorney General, for its part, did not call any comparable historian or anthropologist to rebut Parent's conclusions. The respondent called upon Ms. Jacqueline Beaulieu, a geographer and cartographer employed by the Quebec government, who testified in relation to official government mapping of aboriginal groups following 1760 until today. The respondent also elicited the testimony of Mr. Gilbert Ryan, an employee of the Department of Indian Affairs and Northern Development, whose experience related to title registries

a décrit le régime alimentaire traditionnel des Algonquins à l'arrivée de l'automne:

Or, au mois d'août, en général, vers la fin d'août, début septembre, c'est le frai du poisson; les poissons fraient, si vous voulez, dans des endroits assez sablonneux et c'est à ce moment-là que les groupes multifamiliaux et les bandes d'hiver de même que la bande d'été se regroupent, c'est à ce moment-là que la bande d'été se regroupe. Et là on fait une pêche intensive dans les frayères de différentes espèces de poissons.

Pourquoi on fait ça? C'est strictement parce que le poisson sert à accumuler les vivres qui vont leur servir jusqu'aux grandes neiges d'hiver de la fin janvier. Alors, on pêche ce poisson-là, on le sèche, on le fume et on le conserve, si vous voulez, pour la période de l'automne.

En résumé, suivant le témoignage d'expert de M. Parent, la pêche dans ces territoires traditionnels constituait un important moyen de survie pour les Algonquins au cours de l'automne et au début de l'hiver, avant la migration de gibier potentiel comme le chevreuil, l'orignal et le caribou.

La teneur du témoignage de M. Parent n'a pas été attaquée de façon importante au cours du contre-interrogatoire. M. Parent a reconnu que, à la suite d'une guerre en 1632, les Algonquins avaient quitté en grand nombre le bassin de la rivière des Outaouais et cherché refuge près des établissements français. Les Algonquins ont recommencé à occuper leurs territoires traditionnels après la conclusion d'un traité de paix en 1666. Toutefois, la substance du témoignage de M. Parent au sujet de la société et des pratiques des Algonquins à l'époque du contact avec les Européens n'a pas été contestée.

Pour sa part, le procureur général intimé n'a pas fait témoigner d'historien ou d'anthropologue pour réfuter les conclusions de M. Parent. Il a fait comparaître M^{me} Jacqueline Beaulieu, géographe et cartographe travaillant pour le gouvernement québécois, qui a déposé au sujet de l'établissement par le gouvernement de cartes officielles des territoires des groupes autochtones de 1760 à aujourd'hui. L'intimé a aussi fait témoigner M. Gilbert Ryan, qui travaille au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et dont l'expérience concerne les

64

65

of Indian lands. Neither of these experts testified in relation to the practices, customs and traditions of the Algonquin people at the time of contact, nor, it would appear, would they have been qualified to do so. In short, the respondent led no expert evidence which would call into doubt Mr. Parent's historical conclusions.

66 Before this Court, the respondent continued to challenge Parent's expertise. The Attorney General asserted that Parent's expertise was limited to the history of the Montagnais and the Attikamekws, and that Parent lacked objectivity in relation to the claims of the Algonquins. On the evidence, I see no reason to overrule the trial judge's certification of Parent as an expert. Indeed, I note that the Crown relied on the expertise of Parent in *Adams* in relation to the historical customs and practices of the Mohawks, notwithstanding the alleged limits on the scope of his expertise.

67 In summary, following my survey of the record, I conclude that Frenette J. made a finding of fact that the Algonquins did frequent the Z.E.C. as part of their traditional lands at the time of contact. This finding was not contradicted by any of the findings of the Provincial Court, or for that matter, the Court of Appeal. Frenette J.'s finding is supported and elaborated by the expert evidence of Dr. Parent presented at trial. According to Dr. Parent, at the time of contact, the ancestral lands of the Algonquins lay at the heart of the Ottawa River basin. These ancestral lands included the territory demarked by the Z.E.C. Bras-Coupé-Desert. The Algonquins, as a socially organized but nomadic people, moved frequently within these lands. The traditional diet of the Algonquins depended on the season, but Parent concluded on the basis of the available anthropological evidence that the Algonquins predominantly relied on fish to survive during the fall season prior to winter.

registres des terres indiennes. Ni l'un ni l'autre de ces experts n'a témoigné au sujet des coutumes, pratiques et traditions des Algonquins à l'époque du contact avec les Européens, et il ne semble pas non plus qu'ils auraient été qualifiés pour le faire. Bref, l'intimé n'a présenté aucun témoignage d'expert qui aurait permis de mettre en doute les conclusions historiques de M. Parent.

Devant notre Cour, l'intimé a continué de contester l'expertise de M. Parent. Le procureur général a soutenu que l'expertise de ce dernier se limitait à l'histoire des Montagnais et des Attikameks, et qu'il manquait d'objectivité en ce qui concerne les revendications des Algonquins. Compte tenu de la preuve, je ne vois aucune raison d'infirmer la décision du juge du procès de reconnaître à M. Parent la qualité de témoin expert. De fait, je tiens à souligner que, dans *Adams*, le ministère public a fait appel à l'expertise de M. Parent au sujet des coutumes, pratiques et traditions historiques des Mohawks, malgré les limites qu'il attribue à l'expertise de ce témoin.

En résumé, après avoir examiné le dossier, je conclus que le juge Frenette a tiré la constatation de fait que les Algonquins fréquentaient effectivement le territoire de la Z.E.C. en tant que partie de leurs terres traditionnelles à l'époque du contact. Cette constatation n'est pas contredite par les conclusions de la Cour provinciale, ni d'ailleurs par celles de la Cour d'appel. La conclusion du juge Frenette est étayée et précisée par le témoignage d'expert présenté au procès par M. Parent. Suivant ce dernier, à l'époque du contact avec les Européens, les terres ancestrales des Algonquins se trouvaient au cœur même du bassin de la rivière des Outaouais. Ces terres ancestrales comprenaient le territoire délimité par la Z.E.C. Bras-Coupé-Desert. Les Algonquins, société organisée mais peuple nomade, se déplaçaient fréquemment à l'intérieur de ces terres. Le régime alimentaire traditionnel des Algonquins dépendait des saisons, mais M. Parent a conclu, en se fondant sur la preuve anthropologique disponible, que les Algonquins comptaient principalement sur la pêche pour survivre pendant l'automne, avant l'hiver.

In light of the Crown's failure to elicit any contrary historical evidence at trial, the evidence produced at trial coupled with the findings of fact of the Superior Court is sufficient to support the inference that fishing for food within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C., and in particular, Desert Lake, was a significant part of the life of the Algonquins from a time dating from at least 1603 and the arrival of French explorers and missionaries into the area. Fishing was significant to the Algonquins, as it represented the predominant source of subsistence during the season leading up to winter.

As part of the second stage of the *Van der Peet* analysis, there must also be "continuity" between aboriginal practices, customs and traditions that existed prior to contact and a particular practice, custom or tradition that is integral to aboriginal communities today: *Van der Peet, supra*, at para. 63; *Gladstone, supra*, at para. 28. Because the courts below collectively operated on the assumption that the claim of an aboriginal right to fish must rest in an underlying claim to aboriginal title, they did not direct themselves to answering this question. Nevertheless, a survey of the record reveals that this part of the *Van der Peet* test has been met as well.

The relevant testimony was provided by two witnesses for the defence, Mr. Jacques Frenette and Mr. Jean-Guy Deschênes. Mr. Frenette was an anthropologist and ethnohistorian who studied the Desert River Band of the Algonquin people. Part of his testimony involved a description of the progressive abandonment of agriculture by this band after 1945. Despite the shift away from agriculture, traditional activities, such as fishing, continued:

[TRANSLATION] [A]griculture was abandoned, but the traditional activities continued. And here, well, I spoke of the example of fishing, and I come back to it, because the example of fishing is important.

Later on in his testimony, Mr. Frenette concluded that [TRANSLATION] "fishing is a traditional activity that is continuing, is a traditional activity that has

Étant donné que, au procès, le ministère public n'a pas présenté de preuve historique à l'effet contraire, la preuve qui y a été produite, conjuguée aux conclusions de fait de la Cour supérieure, est suffisante pour étayer la conclusion que la pêche à des fins alimentaires dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C. et, en particulier, dans le lac Désert, était un aspect important de la vie des Algonquins, depuis au moins 1603 et l'arrivée des explorateurs et des missionnaires français dans cette région. La pêche était importante pour les Algonquins parce qu'elle était leur principale source de subsistance pendant la saison précédant l'hiver.

Dans le cadre du deuxième volet de l'analyse établie dans *Van der Peet*, il faut démontrer qu'il y a «continuité» entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et la coutume, pratique et tradition faisant partie intégrante de nos jours de la collectivité autochtone concernée: *Van der Peet*, précité, au par. 63; *Gladstone*, précité, au par. 28. Étant donné que les juridictions inférieures ont toutes supposé que la revendication d'un droit de pêche ancestral doit être fondée sur la revendication d'un titre aborigène sous-jacent, elles ne se sont pas posé cette question. Il ressort néanmoins de l'examen du dossier que ce volet du critère établi dans *Van der Peet* a lui aussi été satisfait.

Les dépositions pertinentes ont été fournies par deux témoins de la défense, MM. Jacques Frenette et Jean-Guy Deschênes. Le premier, qui est anthropologue et ethnohistorien, a étudié les Algonquins de la bande indienne de la rivière Désert. Dans une partie de son témoignage, il a décrit l'abandon progressif de l'agriculture par la bande après 1945. Malgré le délaissement de l'agriculture, les activités traditionnelles telle la pêche se sont poursuivies:

[L]'agriculture est abandonnée, mais par contre, les activités traditionnelles se sont poursuivies. Et puis ici, bon, j'ai parlé de l'exemple de la pêche et j'y reviens, parce que l'exemple de la pêche est important.

Plus loin dans son témoignage, M. Frenette a conclu que «la pêche est [une] activité traditionnelle qui se maintient, est une activité traditionnelle qui

68

69

70

remained important". Finally, in relation to his work on the Z.E.C. Bras-Coupé-Desert, Mr. Frenette again stated that [TRANSLATION] "traditional activities, that is, fishing... activities... continued". Mr. Deschênes, also an anthropologist, stressed that aboriginal customs relating to fishing which exist today have their roots in a long tradition which started prior to European contact:

[TRANSLATION] All the basic characteristics of the Algonquin culture... concerning dealings with animals, these are factors which I regard as coming from a very lengthy tradition.

The reason I say that is that it is shared by such a large number of groups that it must be part of an ancient development. The manner, for example, of respecting animals, of carrying out rituals, is shared by all the Algonquins and for it to be so widespread, it must thus go back a long way because these are basic concepts, that is how people see the world, and these are things that change fairly slowly.

Therefore, in evolution, these phenomena can be regarded as coming from the pre-Columbian period.

71 In conclusion, I am satisfied that the appellants have demonstrated the existence of an aboriginal right to fish within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C. under the *Van der Peet* test.

Extinguishment

72 The Court must now consider whether, prior to 1982, the Algonquins' aboriginal right to fish within the Z.E.C. was extinguished. The respondent Attorney General, however, has declined to offer any proof relating to the question of extinguishment. Accordingly, I take it that the ancestral right of the Algonquins in this instance represents an "existing" aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Infringement

73 Having found an "existing" aboriginal right to fish within the lakes and rivers of the Z.E.C., I now

est demeurée importante». Enfin, relativement à ses travaux concernant la Z.E.C. Bras-Coupé-Desert, M. Frenette a répété que «des activités traditionnelles, c'est-à-dire des activités... de pêche... se sont poursuivies». M. Deschênes, lui aussi anthropologue, a souligné que les coutumes autochtones en matière de pêche qui existent aujourd'hui tirent leurs origines d'une longue tradition qui a commencé avant le contact avec les Européens:

Tous les traits de base de la culture algonquine... relativement aux rapports avec les animaux, c'est des éléments que moi je considère venant d'une très longue tradition.

La raison pour laquelle je dis ça c'est que c'est partagé par un si grand nombre de groupes que ça doit faire partie d'un développement ancien. La façon, par exemple, de respecter les animaux, de faire des rituels, c'est partagé par tous les Algonquins et pour que ce soit si étendu, il faut donc que ça remonte à beaucoup de temps parce que c'est des concepts de base, c'est la façon dont les gens voient le monde et c'est des choses qui changent assez lentement.

Donc, dans l'évolution, ces phénomènes-là, on peut les considérer comme venant de la période précolombienne.

En conclusion, je suis convaincu que les appellants ont, suivant le critère établi dans *Van der Peet*, démontré l'existence d'un droit ancestral de pêcher dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C.

Extinction

La Cour doit maintenant se demander s'il y a eu extinction, avant 1982, du droit ancestral des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C. Le procureur général intimé a toutefois décidé de ne pas présenter de preuve relativement à la question de l'extinction. Par conséquent, je considère que le droit ancestral des Algonquins en l'espèce est un droit ancestral «existant» au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Atteinte

Ayant conclu à la présence d'un droit ancestral «existant» de pêcher dans les lacs et les rivières de

turn to the question of whether the impugned federal and provincial regulations infringe this right in this instance. The Court must examine the effect of these distinct regulatory regimes separately. First, it must be answered whether s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* constituted an infringement of the appellant Côté's aboriginal right to fish for food within the Z.E.C. Second, it must be considered whether s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones* restricted the appellants' aboriginal right to fish for food within the Z.E.C.

In *Sparrow*, the Court set out the applicable framework for identifying the infringement of an aboriginal right or treaty right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It should be noted that the test in *Sparrow* was originally elucidated in the context of a federal regulation which allegedly infringed an aboriginal right. The majority of recent cases which have subsequently invoked the *Sparrow* framework have similarly done so against the backdrop of a federal statute or regulation. See, e.g., *Gladstone*. But it is quite clear that the *Sparrow* test applies where a provincial law is alleged to have infringed an aboriginal or treaty right in a manner which cannot be justified: *Badger, supra*, at para. 85 (application of *Sparrow* test to provincial statute which violated a treaty right). The text and purpose of s. 35(1) do not distinguish between federal and provincial laws which restrict aboriginal or treaty rights, and they should both be subject to the same standard of constitutional scrutiny.

Speaking for the Court in *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. described the applicable test for infringement in these terms, at p. 1112:

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does

la Z.E.C., j'aborde maintenant la question de savoir si les textes réglementaires fédéraux et provinciaux contestés portent atteinte à ce droit en l'espèce. Notre Cour doit examiner séparément l'effet de ces régimes réglementaires distincts. Premièrement, il faut déterminer si le par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* porte atteinte au droit ancestral de l'appellant Côté de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. Deuxièmement, il faut décider si l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* restreint le droit ancestral des appelants de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C.

Dans *Sparrow*, notre Cour a exposé le cadre d'analyse applicable pour déterminer s'il y a atteinte à un droit ancestral ou issu de traité visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il convient de signaler que le critère établi dans cet arrêt l'a été dans le cadre d'une affaire concernant un règlement fédéral qui, affirmait-on, portait atteinte à un droit ancestral. La majorité des arrêts récents où le cadre d'analyse énoncé dans *Sparrow* a été appliqué portaient également sur un texte législatif ou réglementaire fédéral. Voir, p. ex., *Gladstone*. Cependant, il est très clair que le critère formulé dans *Sparrow* s'applique lorsqu'on prétend qu'un texte législatif provincial porte atteinte à un droit ancestral ou issu de traité d'une manière qui ne peut être justifiée: *Badger, précité*, au par. 85 (application du critère établi dans *Sparrow* à une loi provinciale qui violait un droit issu de traité). Le texte et l'objet du par. 35(1) ne font pas de distinction entre les textes législatifs fédéraux et les textes législatifs provinciaux qui limitent des droits ancestraux ou issus de traités, et ces textes devraient être assujettis à la même norme d'examen constitutionnel.

S'exprimant au nom de la Cour dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décrit ainsi le critère applicable pour déterminer s'il y a atteinte à un droit, à la p. 1112:

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le

the regulation deny to the holders of the right the preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

As recently noted in *Gladstone*, *supra*, at para. 43, this original formulation of the infringement test suggests an internal inconsistency, as it equated an analysis of *prima facie* infringement with an analysis of whether the infringement is unreasonable or "undue". But as I clarified in *Gladstone*:

This internal contradiction is, however, more apparent than real. The questions asked by the Court in *Sparrow* do not define the concept of *prima facie* infringement; they only point to factors which will indicate that such an infringement has taken place.

The guiding inquiry at the infringement stage remains whether the regulations at issue represent a *prima facie* interference with the appellants' aboriginal or treaty rights.

76

Applying the infringement test set out in *Sparrow* and *Gladstone* in this instance, I find that the *Quebec Fishery Regulations* infringe the appellant Côté's right to fish for food within the Z.E.C. The federal regulation stipulates that a person who seeks to fish within designated territories must hold a valid licence. In *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, Cory J. noted for a majority of this Court, at para. 102, that the existence of a licensing requirement will not necessarily constitute a *prima facie* infringement of an aboriginal right to fish in all cases. But for the reasons expressed in *Adams*, *supra*, I find that this particular licensing scheme infringes the rights of the appellants. In *Adams*, this Court finds that precisely the same provision, namely s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, infringes the ancestral fishing right of a Mohawk fishing in Lake St-François. The provision enacts a blanket prohibition on fishing in the absence of licence. Under ss. 5(3) and 5(9) of the Regulations, the Minister, at his or her discretion, may issue a special permit to an aboriginal person authorizing them to fish for their own subsistence. But the reg-

glement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue.

Comme je l'ai souligné récemment dans l'arrêt *Gladstone*, précité, au par. 43, cette première formulation du critère relatif à l'atteinte suggère une contradiction intrinsèque, car elle assimilait l'analyse de l'atteinte à première vue à l'analyse de la question de savoir si l'atteinte est déraisonnable ou «indue». Toutefois, j'ai apporté les précisions suivantes dans l'arrêt *Gladstone*:

Cette contradiction intrinsèque est cependant plus apparente que réelle. Les questions posées par notre Cour dans *Sparrow* ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une telle atteinte a été commise.

Le principe directeur qui s'applique à l'étape de l'atteinte demeure la question de savoir si les dispositions réglementaires en cause constituent une atteinte à première vue aux droits ancestraux ou issus de traité des appelants.

Appliquant à la présente affaire le critère relatif à l'atteinte établi dans les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, je conclus que le *Règlement de pêche du Québec* porte atteinte au droit de l'appellant Côté de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. Le règlement fédéral prévoit que les personnes qui désirent pêcher dans des territoires désignés doivent être titulaires d'un permis valide. Dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, le juge Cory a souligné, pour la majorité de notre Cour, au par. 102, que le fait d'exiger l'obtention d'un permis ne constituera pas nécessairement, dans tous les cas, une atteinte à première vue à un droit de pêche ancestral. Cependant, pour les motifs exposés dans l'arrêt *Adams*, précité, je conclus que le présent régime de délivrance de permis porte atteinte aux droits des appelants. Dans *Adams*, notre Cour a conclu que la même disposition, soit le par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, porte atteinte au droit de pêche ancestral d'un Mohawk qui avait pêché dans le lac Saint-François. Cette disposition interdit à quiconque de pêcher sans permis. En vertu des par. 5(3) et 5(9) du Règlement, le minis-

ulations do not prescribe any criteria to guide or structure the exercise of this discretion. Such a regulatory scheme must, in the very least, structure the exercise of a discretionary power to ensure that the power is exercised in a manner consistent with the Crown's special fiduciary duties towards aboriginal peoples. Therefore, consistent with my conclusion in *Adams*, I find that s. 4(1) and the surrounding provisions of the *Quebec Fishery Regulations* impose undue hardship on the appellant Côté and interfere with his preferred mode of exercising his rights.

However, under the same test for infringement, I do not find that the *Regulation respecting controlled zones* infringes the right of the appellants to fish for food within the Z.E.C. Under the terms of the provincial regulation, an Algonquin person is at liberty to enter the Z.E.C. by foot without restriction and without fee. Similarly, an Algonquin is free to penetrate the Z.E.C. by a variety of other means of transportation, including such traditional aboriginal means as canoe and snowshoe, and such modern means as bicycle or snowmobile. Again, these forms of access do not entail any financial cost. The impugned application of s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones* only arises when an Algonquin person seeks access to the Z.E.C. by means of motor vehicle. The Regulation does not create a blanket prohibition against access by motor vehicle, nor does it subject such access to an unstructured administrative discretion. But it does condition the exercise of an aboriginal right to fish on the payment of a fee. In short, the tenor of the appellants' argument is that the provincial zoning regulation infringes their ancestral rights as it imposes a financial burden on the exercise of their constitutional right under s. 35(1).

I accept the general proposition that a regulation may infringe an aboriginal or treaty right under the

tre peut, à sa discrétion, accorder à un autochtone un permis spécial l'autorisant à pêcher pour se nourrir. Toutefois, le règlement ne fixe aucun critère visant à guider ou à structurer l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Un tel régime réglementaire doit à tout le moins structurer l'exercice du pouvoir discrétionnaire, de façon à garantir que celui-ci sera appliqué d'une manière compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. Par conséquent, conformément à la conclusion que j'ai formulée dans *Adams*, je statue que le par. 4(1) et les dispositions connexes du *Règlement de pêche du Québec* sont indûment rigoureux envers l'appellant et l'empêchent d'avoir recours à son moyen préféré d'exercer ses droits.

Toutefois, appliquant le même critère relatif à l'atteinte, je ne conclus pas que le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* porte atteinte au droit des appelants de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. En vertu du règlement provincial, un Algonquin peut entrer à pied dans la Z.E.C., et ce sans aucune restriction et sans avoir à payer de droits d'entrée. De même, un Algonquin peut entrer dans la Z.E.C. en utilisant divers moyens de transport, notamment les moyens de transport autochtones traditionnels que sont le canot et les raquettes, ou des moyens de transport modernes comme la bicyclette ou la motoneige. Là encore, ces formes d'accès n'entraînent aucun coût. L'application contestée de l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne se pose que lorsqu'un Algonquin veut entrer dans la Z.E.C. à bord d'un véhicule automobile. Le Règlement n'interdit pas complètement l'accès en véhicule automobile et il ne subordonne pas non plus cet accès à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré. Il assujettit toutefois l'exercice du droit de pêche ancestral au paiement de droits d'entrée. Bref, l'argument des appelants est que le règlement de zonage provincial porte atteinte à leur droit ancestral, car il leur impose un fardeau financier dans l'exercice du droit constitutionnel que leur garantit le par. 35(1).

J'accepte l'argument général que, suivant le critère établi dans *Sparrow*, un texte réglementaire

77

78

Sparrow test by conditioning the exercise of such a right upon the payment of a user fee to the state. But in light of the surrounding circumstances of this case, I am persuaded that the financial burden in this instance does not amount to an infringement of the appellants' ancestral right to fish for food.

peut être considéré comme portant atteinte à un droit ancestral ou issu de traité du fait qu'il assujettit l'exercice d'un tel droit au paiement à l'État de droits d'utilisation. Toutefois, compte tenu des circonstances du présent pourvoi, je suis convaincu que le fardeau financier imposé en l'espèce ne constitue pas une atteinte au droit ancestral des appelants de pêcher à des fins alimentaires.

79

The fee in this instance, rather than constituting a revenue-generating tax for the provincial government or the Z.E.C. administration, represents a form of user fee dedicated to the upkeep of the facilities and roads of the Z.E.C. Claude Morin, director of the Z.E.C. at the relevant time, testified that all revenues collected from the motor vehicle access fees are directed towards the development and maintenance of the Z.E.C. For example, in 1984, revenues from vehicle entrance fees amounted to \$18 287, while road maintenance expenditures amounted to \$15 234 and buildings and road capital expenditures totalled \$11 855. Comparing the Z.E.C.'s combined sources of revenue with the Z.E.C.'s diverse expenses related to upkeep, the Z.E.C. was operating at a loss during the 1984 fiscal year. This particular Z.E.C. had been previously exploited by a forestry company, and its logging roads were left in a state of disrepair. According to Mr. Morin, the access fees actually facilitated access to the Z.E.C., as the collected funds were spent towards repairing and modernizing the transportation infrastructure of the Z.E.C.

En l'espèce les droits d'entrée ne constituent pas une taxe génératrice de revenus pour le gouvernement provincial ou pour l'administration de la Z.E.C., mais plutôt une forme de droits d'utilisation dont le produit est consacré à l'entretien des installations et des routes de la Z.E.C. Claude Morin, qui était directeur de la Z.E.C. à l'époque pertinente, a témoigné que tous les revenus des droits d'entrée perçus à l'égard des véhicules automobiles servent à l'aménagement et à l'entretien de la Z.E.C. Par exemple, en 1984, les droits d'entrée perçus pour les véhicules automobiles se sont élevés à 18 287 \$, alors que les dépenses faites pour l'entretien des routes ont totalisé 15 234 \$, et que les dépenses en immobilisations pour les routes et les immeubles ont été de 11 855 \$. Si l'on compare l'ensemble des sources de revenus de la Z.E.C. avec les diverses dépenses faites pour son entretien, on constate que l'exploitation de la Z.E.C. a donné lieu à une perte pendant l'exercice 1984. Auparavant, la Z.E.C. avait été exploitée par une entreprise forestière et ses chemins étaient en mauvais état. Au dire de M. Morin, en réalité les droits d'entrée facilitent l'accès à la Z.E.C. puisque les sommes ainsi recueillies vont à la réparation et à la modernisation des infrastructures routières de la Z.E.C.

80

As such, given the particular facts of this case, I find that s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones* does not constitute a *prima facie* infringement of the appellants' ancestral right to fish for food. Rather than representing a revenue-generating fee which arbitrarily burdens the exercise of an aboriginal right connected to land, the challenged fee represents a tailored user fee directed at the repair and improvement of the modern transportation network upon that tract of land. In my view, the access fee, by improving the

En conséquence, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, je conclus que l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne constitue pas une atteinte à première vue au droit ancestral des appelants de pêcher à des fins alimentaires. Les droits d'entrée contestés ne constituent pas des droits qui génèrent des revenus et gênent arbitrairement l'exercice d'un droit ancestral se rattachant au territoire. Ils représentent plutôt des droits d'utilisation conçus pour permettre la gestion et l'amélioration du réseau routier moderne

means of transportation within the Z.E.C., effectively facilitates rather than restricts the constitutional rights of the appellants.

Justification

Following the demonstration of an infringement of an aboriginal or treaty right under s. 35(1), the framework of analysis under *Sparrow* turns to the question of justification. As noted by the Court in that decision at pp. 1113-14, the justification inquiry consists of two distinct stages:

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This is the test that addresses the question of what constitutes legitimate regulation of a constitutional aboriginal right. The justification analysis would proceed as follows. First, is there a valid legislative objective?

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue.

At the first stage of justification, the court must be satisfied that the asserted legislative objective is "compelling and substantial". At the next stage, the court must examine whether the infringement unduly restricts the aboriginal right in question, and whether the restriction can be accommodated with the Crown's special fiduciary relationship with First Nations.

I conclude that the infringement of the appellant Côté's right to fish resulting from s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* was not justified. In considering the identical regulatory scheme in *Adams*, I found that the Crown had failed to meet both legs of the test of justification. Since the scheme appeared to be driven by the desire to facilitate sport fishing, without any evidence of a meaningful economic dimension to that sport fishing, it could not be said to have been based on a compelling and substantial objective. Moreover,

de ce territoire. À mon avis, en permettant l'amélioration des voies de communication à l'intérieur de la Z.E.C., les droits ne restreignent pas les droits constitutionnels des appelants, mais dans les faits ils en facilitent plutôt l'exercice.

Justification

Une fois qu'il a été démontré qu'il y a atteinte à un droit ancestral ou issu de traité visé au par. 35(1), il faut, en vertu du cadre d'analyse établi dans *Sparrow*, examiner la question de la justification. Comme l'a signalé notre Cour dans cet arrêt aux pp. 1113 et 1114, l'analyse de la justification comporte deux étapes distinctes:

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. C'est là le critère qui touche la question de savoir ce qui constitue une réglementation légitime d'un droit ancestral garanti par la Constitution. L'analyse de la justification se déroulerait comme suit. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification.

Au cours de la première étape de l'analyse de la justification, le tribunal doit être convaincu que l'objectif législatif invoqué est «impérieux et réel». Au cours de l'étape suivante, le tribunal doit se demander si l'atteinte restreint indûment le droit ancestral en cause et si cette restriction est conciliable avec les rapports spéciaux de fiduciaire de l'État à l'égard des premières nations.

Je conclus que l'atteinte au droit de pêche de l'appellant Côté découlant du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* n'était pas justifiée. Après avoir examiné le même régime de réglementation dans *Adams*, j'ai conclu que le ministère public n'avait pas réussi à satisfaire les deux volets du critère relatif à la justification. Comme le régime semblait guidé par le désir de favoriser la pêche sportive, sans aucune preuve de l'importance de la dimension économique de cette activité en l'espèce il était impossible d'affirmer que le

81

82

since the scheme provided no priority to aboriginal rights to fish, it failed to satisfy the Crown's fiduciary duty toward the Algonquin people. The Crown has not adduced any new evidence in this appeal which persuades me to alter these conclusions.

83

Since I find no infringement of the appellants' constitutional rights by s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*, it is unnecessary for me to consider whether this provincial regulatory scheme meets the test of justification for s. 35(1). I note in passing though, that the compatibility of the access fee with the fishing rights of the appellants does not preclude the Quebec government from reducing or eliminating this fee. Section 35(1) only lays down the constitutional minimums that governments must meet in their relations with aboriginal peoples with respect to aboriginal and treaty rights. Subject to constitutional constraints, governments may choose to go beyond the standard set by s. 35(1).

B. Treaty Rights

84

Finally, it remains to be determined whether the appellants may alternatively succeed in challenging their convictions under the *Regulation respecting controlled zones* through their concurrent claim of a treaty right to fish for food. While the appellants have failed to demonstrate that the Regulation unjustifiably infringes their constitutional rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, I must still consider whether the provincial regulation has encroached on their treaty rights in contravention of the federal statutory protection accorded to treaty rights under s. 88 of the *Indian Act*.

régime reposait sur un objectif impérieux et réel. De plus, comme le régime n'établissait aucune priorité en faveur des droits de pêche ancestraux, il ne respectait pas les obligations de fiduciaire qu'assume l'État envers les Algonquins. Dans le présent pourvoi, le ministère public n'a produit aucun élément de preuve nouveau qui me persuade de modifier ces conclusions.

Étant donné que je conclus que l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne porte pas atteinte aux droits garantis aux appelants par la Constitution, il n'est pas nécessaire d'examiner si ce régime provincial de réglementation satisfait au critère de justification applicable en ce qui concerne le par. 35(1). Toutefois, je souligne en passant que le fait que les droits d'entrée requis sont compatibles avec les droits de pêche des appelants n'empêche pas le gouvernement du Québec de réduire le montant de ces droits ou de les éliminer. Le paragraphe 35(1) n'établit que les normes constitutionnelles minimales que doivent respecter les gouvernements dans leurs rapports avec les peuples autochtones relativement aux droits ancestraux ou issus de traités. Sous réserve des limites imposées par la Constitution, il est loisible aux gouvernements d'aller au-delà des normes fixées par le par. 35(1).

B. Droits issus de traités

Enfin, il reste à déterminer si les appelants peuvent, subsidiairement, contester avec succès les déclarations de culpabilité prononcées contre eux en vertu du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* en revendiquant un droit issu de traité correspondant de pêcher à des fins alimentaires. Même si les appelants n'ont pas réussi à démontrer que le Règlement porte atteinte de manière injustifiée aux droits qui leur sont garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je dois néanmoins me demander si le règlement provincial porte atteinte à leur droit issu de traité, en violation de la protection de nature législative fédérale accordée à ces droits par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Section 88 reads as follows:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act. [Emphasis added.]

Originally adopted in 1951, s. 88 has played a pivotal role in our modern federal system by coordinating the interaction of federal and provincial laws in relation to aboriginal peoples. As I understand the intent of the provision, s. 88 presently serves two distinct purposes. First, s. 88 serves an important jurisdictional purpose. Through the operation of the provision, provincial laws which would otherwise not apply to Indians under the federal and provincial division of powers are made applicable as incorporated federal law: *R. v. Dick*, [1985] 2 S.C.R. 309. Second, s. 88 accords federal statutory protection to aboriginal treaty rights. The application of such generally applicable provincial laws through federal incorporation is expressly made “[s]ubject to the terms of any treaty”. Section 88 accords a special statutory protection to aboriginal treaty rights from contrary provincial law through the operation of the doctrine of federal paramountcy. See *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at pp. 114-15; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Sioui*, *supra*, at p. 1065; *Badger*, *supra*, at para. 69.

This second purpose, of course, has become of diminished importance as a result of the constitutional entrenchment of treaty rights in 1982. But I note that, on the face of s. 88, treaty rights appear to enjoy a broader protection from contrary provincial law under the *Indian Act* than under the *Constitution Act, 1982*. Once it has been demonstrated that a provincial law infringes “the terms of [a]

L’article 88 est libellé de la manière suivante:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d’application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s’y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime. [Je souligne.]

Adopté en 1951, l’art. 88 a joué un rôle crucial dans notre régime fédéral moderne en coordonnant l’interaction des lois fédérales et provinciales en ce qui concerne les peuples autochtones. À mon avis, l’art. 88 vise deux objectifs distincts. Premièrement, l’art. 88 sert un objectif important du point de vue du partage des compétences. En effet, sous le régime de cette disposition, des mesures législatives provinciales qui autrement ne s’appliqueraient pas aux Indiens, en raison du partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, leur deviennent applicables en tant que droit fédéral incorporé par renvoi: *R. c. Dick*, [1985] 2 R.C.S. 309. Deuxièmement, l’art. 88 accorde une protection de nature législative fédérale aux droits issus de traités des autochtones. Il est toutefois expressément prévu que l’application de telles lois provinciales d’application générale, par suite de leur incorporation au droit fédéral, se fait «[s]ous réserve des dispositions de quelque traité». Par application de la prépondérance fédérale, l’art. 88 accorde aux droits issus de traités des autochtones une protection spéciale de nature législative à l’encontre des mesures législatives provinciales incompatibles. Voir les arrêts *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, aux pp. 114 et 115; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Sioui*, précité, à la p. 1065; *Badger*, précité, au par. 69.

Ce deuxième objectif a évidemment perdu de son importance par suite de la constitutionnalisation des droits issus de traités en 1982. Je souligne toutefois que, selon le texte de l’art. 88, la *Loi sur les Indiens* semble accorder aux droits issus de traités une protection plus large contre les mesures législatives provinciales incompatibles que ne le fait la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, une

85

86

87

treaty”, the treaty would arguably prevail under s. 88 even in the presence of a well-grounded justification. The statutory provision does not expressly incorporate a justification requirement analogous to the justification stage included in the *Sparrow* framework. But the precise boundaries of the protection of s. 88 remains a topic for future consideration. I know of no case which has authoritatively discounted the potential existence of an implicit justification stage under s. 88. In the near future, Parliament will no doubt feel compelled to re-examine the existence and scope of this statutory protection in light of these uncertainties and in light of the parallel constitutionalization of treaty rights under s. 35(1).

fois qu’il a été démontré qu’une mesure législative provinciale porte atteinte aux «dispositions [d’un traité]», il est possible de soutenir que ces dispositions l’emporteraient par suite de l’application de l’art. 88, même en présence d’une justification fondée. Cette disposition législative ne comporte pas expressément une obligation de justification analogue à celle prévue par le cadre d’analyse établi dans *Sparrow*. Les limites précises de la protection conférée par l’art. 88 seront examinées à une autre occasion. Je ne connais pas de décision faisant autorité qui aurait écarté l’existence possible d’une étape implicite de justification dans l’application de l’art. 88. Dans un avenir rapproché, le Parlement ressentira sans aucun doute l’obligation de réexaminer l’existence et la portée de cette protection de nature législative, à la lumière des incertitudes évoquées précédemment et de la constitutionnalisation correspondante des droits issus de traités aux termes du par. 35(1).

88

In this instance, however, I find that the protection of s. 88 is not engaged. In his thorough review of the historical evidence contained within the record, Baudouin J.A. of the Court of Appeal was satisfied that the appellants benefitted from a treaty right to fish for food within the Z.E.C. according to the terms of a treaty solemnized between the Algonquins and the British at Swegatchy in 1760. Assuming without deciding the existence of such a treaty right, I am satisfied that the impugned provincial regulation does not restrict or infringe this treaty right. For the reasons which animated my previous finding that the *Regulation respecting controlled zones* does not infringe the aboriginal rights of the appellants, I find that the Regulation does not infringe or restrict the asserted right of the appellants to fish under the terms of the Swegatchy treaty. The Regulation only imposes a modest financial burden on the exercise of this alleged treaty right where access is sought by motor vehicle, and under the circumstances, the access fee actually facilitates rather than restricts the exercise of this right. Accordingly, although the Regulation is subject to the terms of the alleged treaty, the Regulation is not inconsistent with the treaty and remains operative in relation to the activities of the appellants. It is therefore unnecessary to further

Toutefois, en l’espèce, j’estime que la protection de l’art. 88 ne s’applique pas. L’analyse approfondie de la preuve historique figurant au dossier qu’a faite le juge Baudouin de la Cour d’appel l’a convaincu que les appelants possédaient un droit issu de traité les autorisant à pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C., suivant les termes d’un traité solennisé par les Algonquins et les Britanniques à Swegatchy, en 1760. À supposer, sans toutefois trancher la question, qu’un tel droit issu de traité existe, je suis convaincu que le règlement provincial contesté n’a pas pour effet de restreindre ce droit ou d’y porter atteinte. Pour les motifs qui m’ont amené à conclure précédemment que le *Règlement sur les zones d’exploitation contrôlée* ne porte pas atteinte aux droits ancestraux des appelants, je conclus que le Règlement n’a pas pour effet de restreindre le droit de pêche revendiqué par les appelants en vertu du traité de Swegatchy ou d’y porter atteinte. Le Règlement ne fait qu’assujettir l’exercice de ce droit issu de traité à une modeste obligation financière, lorsque l’intéressé souhaite accéder au territoire en véhicule automobile, et, dans les circonstances, ces droits d’entrée ont en réalité non pas pour effet de restreindre ce droit mais plutôt d’en faciliter l’exercice. En conséquence, même si l’application du

consider the scope of protection of s. 88, particularly in relation to whether the provision incorporates a justification defence similar to that outlined in *Sparrow*.

C. Amendment of Informations and Constitutional Questions

As indicated previously, the appellants were incorrectly charged and convicted under s. 5 of the *Regulation respecting controlled zones*. Although neither party objected to this error, nor moved to amend it in the proceedings below, both parties were in agreement before this Court that the charges should have been properly laid under s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*. Similarly, both parties agree and accept that the first stated constitutional question should address the enforceability of s. 5.1 of the Regulation as against the appellants.

This Court must therefore consider whether it can and should amend the convictions and constitutional questions *proprio motu* at this late stage of the proceedings. In criminal proceedings under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, a court enjoys a broad authority to amend a defective indictment. See s. 601. The prosecution of these particular regulatory offences was undertaken under the *Summary Convictions Act* as it existed at the time. The Act contemplates a similarly broad power to amend a defective information. As the relevant parts of the Act read:

66. (1) No objection shall be allowed to any information, complaint, summons or warrant for any defect therein, in substance or in form, or for any variance between such information, complaint, summons or warrant and the evidence adduced on the part of the inform-

Règlement est subordonnée aux termes du traité invoqué, le Règlement n'est pas incompatible avec ce traité et il continue de s'appliquer aux activités des appelants. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner plus en détail la portée de la protection de l'art. 88, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si cette disposition incorpore une défense de justification analogue à celle exposée dans *Sparrow*.

C. Modification des dénonciations et des questions constitutionnelles

Comme il a été indiqué précédemment, les appelants ont été incorrectement accusés et déclarés coupables en vertu de l'art. 5 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. Même si aucune des parties n'a soulevé d'objection fondée sur cette erreur ou demandé la correction de celle-ci devant les juridictions inférieures, les deux parties ont convenu devant notre Cour que les accusations auraient plutôt dû être portées en vertu de l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. De même, les deux parties conviennent et admettent que la première question constitutionnelle qui a été formulée devrait porter sur l'applicabilité de l'art. 5.1 du Règlement aux appelants.

Notre Cour doit donc se demander si elle peut et si elle devait modifier de son propre chef les déclarations de culpabilité et les questions constitutionnelles à ce stade avancé des procédures. Dans des procédures criminelles fondées sur le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, les tribunaux possèdent un vaste pouvoir leur permettant de modifier un acte d'accusation défectueux. Voir l'art. 601. Les poursuites à l'égard des infractions à la réglementation en cause ont été engagées en vertu de la *Loi sur les poursuites sommaires* en vigueur à l'époque. Cette loi prévoyait elle aussi un large pouvoir de modification des dénonciations défectueuses. Les dispositions pertinentes de la Loi étaient ainsi rédigées:

66. 1. Nulle objection n'est reçue contre une dénonciation, plainte, assignation ou mandat, pour irrégularité au fond ou à la forme, ou divergence entre la dénonciation, plainte, assignation ou mandat et la preuve à charge faite lors de l'instruction de la dénonciation ou plainte, ni à

89

90

ant or complainant, or for any variance between such information or complaint and the summons or warrant at the hearing upon such information or complaint.

82. No judgment shall be given in favour of the appellant, if the appeal is based on an objection to any information, complaint or summons, or to any warrant to apprehend a defendant, issued upon any such information, complaint or summons, for any defect therein, in substance or in form, or for any variance between such information, complaint, summons or warrant and the evidence adduced in support thereof at the hearing of such information or complaint, unless it be proved before the court hearing the appeal that such objection was made before the justice of the peace who tried the case and by whom such conviction or judgment was pronounced or decision given, nor unless it be proved that notwithstanding it was shown to such justice that by such variance the person summoned and appearing or apprehended had been deceived or misled, such justice refused to adjourn the hearing of the case to some further day, as in this act provided.

101. No conviction or order which has been affirmed, with or without modification in appeal, shall be thereafter quashed for want of form, or be removed into the Superior Court according to articles 846 to 850 of the Code of Civil Procedure; and no warrant or commitment shall be held void by reason of any defect therein, provided it is therein alleged that the defendant has been convicted, and there is a good and valid conviction to sustain the same.

Section 48 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, further vests this Court with a broad authority to amend proceedings on its own initiative.

48. (1) At any time during the pendency of an appeal before the Court, the Court may, on the application of any of the parties, or without any such application, make all such amendments as are necessary for the purpose of determining the appeal or the real question or controversy between the parties as disclosed by the pleadings, evidence or proceedings.

(2) An amendment referred to in subsection (1) may be made, whether the necessity for it is or is not occasioned by the defect, error, act, default or neglect of the party applying to amend.

cause de divergence entre la dénonciation ou la plainte et l'assignation ou le mandat.

82. Nul jugement ne peut être rendu en faveur de l'appellant, si l'appel est basé sur une objection à une dénonciation, plainte ou sommation, ou à un mandat d'arrestation contre un défendeur, décerné à la suite de cette dénonciation, plainte ou sommation, pour un défaut au fond ou à la forme, ou pour une divergence entre cette dénonciation, plainte, sommation ou mandat et la preuve apportée à l'appui lors de l'audition de cette dénonciation ou plainte, à moins qu'il ne soit prouvé devant la cour qui entend l'appel, que cette objection a été faite devant le juge de paix qui a jugé la cause et qui a prononcé la condamnation ou la sentence ou rendu la décision, ni à moins qu'il ne soit prouvé que, nonobstant qu'il eût été démontré au juge de paix que la personne assignée et comparaisant, ou arrêtée, avait été trompée ou induite en erreur par cette divergence, le juge de paix a refusé d'ajourner l'audition de la cause à un jour ultérieur, suivant les prescriptions de la présente loi.

101. Nulle condamnation et nul ordre qui a été maintenu avec ou sans modification en appel, ne peuvent ensuite être infirmés pour vice de forme, ni être évoqués à une Cour supérieure conformément aux articles 846 à 850 du Code de procédure civile; et nul mandat d'emprisonnement n'est réputé nul pour cause de défectuosité, pourvu qu'il y soit allégué que le défendeur a été condamné, et qu'il y ait une bonne et valable condamnation à l'appui.

L'article 48 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, confère en outre à notre Cour un large pouvoir de procéder, de sa propre initiative, aux amendements nécessaires.

48. (1) À tout stade de l'appel porté devant elle, la Cour peut, même en l'absence de demande en ce sens par l'une des parties, procéder aux amendements nécessaires afin de lui permettre de se prononcer sur l'appel ou sur la véritable question ou contestation qui ressort des actes de procédure, de la preuve ou de l'ensemble des débats.

(2) L'amendement visé au paragraphe (1) peut être motivé ou non par la défaillance, l'erreur, l'action, le manquement ou la négligence de la partie qui le demande.

In considering whether to amend a defective information or indictment, a court must concern itself with the impact of the proposed amendment upon the accused. The applicable standard under s. 601 of the *Code* is whether the accused would suffer “irreparable prejudice” as a result of the amended charge: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31. In those *Criminal Code* cases where there was no evidence that the accused was misled or irreparably prejudiced by the variance between the indictment and the evidence, the Court amended the indictment and dismissed the appeal.

The applicable standard for amendment is the same under the *Summary Convictions Act*. Where a charge is reparable, you repair. To the extent that the evidence conforms with the correct charge and the appellants have not been misled or irreparably prejudiced by the variance between the evidence and the informations, the defect can and should be remedied. There is no evidence here, or even a mere suggestion, that the appellants have been prejudiced or misled by the reference to s. 5 in the informations. The appellants admit the constituent elements of the offences under s. 5.1. They made no motion to quash the defective informations at any stage. Both parties have acted throughout these proceedings as if the charge properly referred to s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*. Finally, and dispositively, the appellants agreed to the proposed solution, having no objection to the amendment of the appellants’ charges and to the correction of the constitutional questions before this Court.

Accordingly, this Court amends the informations to stipulate that the appellants were charged under s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled*

Le tribunal qui est appelé à décider s’il y a lieu de modifier une dénonciation ou un acte d’accusation défectueux doit tenir compte des répercussions pour l’accusé de la modification proposée. La norme applicable en ce qui concerne l’art. 601 du *Code* est la question de savoir si l’accusé subirait un «préjudice irréparable» par suite de la modification de l’acte d’accusation: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31. Dans ces affaires, qui étaient fondées sur le *Code criminel* et où rien dans la preuve n’indiquait que l’accusé avait été induit en erreur ou avait subi un préjudice irréparable en raison d’une divergence entre l’acte d’accusation et la preuve, notre Cour a modifié l’acte d’accusation et rejeté le pourvoi.

La norme applicable en matière de modification est la même dans les affaires fondées sur la *Loi sur les poursuites sommaires*. Lorsqu’une accusation peut être corrigée, on corrige. Dans la mesure où la preuve est conforme à la bonne accusation et où les appelants n’ont pas été induits en erreur ou n’ont pas subi de préjudice irréparable en raison d’une divergence entre la preuve et les dénonciations, la défectuosité peut et doit être corrigée. En l’espèce, il n’y a rien dans la preuve qui indique ni même qui tende à indiquer que les appelants ont subi un préjudice ou qu’ils ont été induits en erreur par suite de la mention de l’art. 5 dans les dénonciations. Les appelants admettent les éléments constitutifs des infractions prévues à l’art. 5.1. À aucune étape des procédures, ils n’ont présenté de requête visant à faire annuler les dénonciations défectueuses. Tout au long des procédures, les deux parties ont agi comme si l’acte d’accusation faisait correctement état de l’art. 5.1 du *Règlement sur les zones d’exploitation contrôlée*. Enfin, élément décisif, les appelants ont accepté la solution proposée, n’ayant aucune objection à ce que les accusations portées contre eux soient modifiées et que les questions constitutionnelles soumises à notre Cour soient corrigées en conséquence.

Par conséquent, notre Cour modifie les dénonciations pour qu’elles indiquent que les appelants ont été accusés en vertu de l’art. 5.1 du *Règlement*

91

92

93

zones, vacates the convictions under s. 5, and enters convictions under s. 5.1. The first stated constitutional question is similarly amended to refer to s. 5.1.

VI. Disposition

94 For these reasons, the appeal of the appellant Côté's conviction under the *Quebec Fishery Regulations* is allowed and an acquittal is entered. The appeal of the appellants' respective convictions under the *Regulation respecting controlled zones* is dismissed. Since we find that it is unnecessary to address the existence of a treaty right in this instance in view of our other holdings, we dismiss the respondent's cross-appeal against the Court of Appeal's finding of a treaty right.

95 The constitutional questions, as subsequently amended, are answered as follows:

Question 1: Is s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*, as it read at the time of the offences charged, unenforceable against the appellants, in the circumstances of the present case, on their ancestral hunting and fishing lands, pursuant to s. 88 of the *Indian Act* and/or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the rights under a treaty allegedly concluded at Swegatchy, in August 1760, or by reason of the aboriginal rights of the aboriginal peoples invoked by the appellants?

Answer: No.

Question 2: Is s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, as it read at the time of the offences charged, unenforceable against the appellant Franck Côté, in the circumstances of the present case, on his ancestral hunting and fishing lands, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights of the aboriginal peoples or the rights under a treaty allegedly concluded at Swegatchy, in August 1760, within the meaning

sur les zones d'exploitation contrôlée, elle annule les déclarations de culpabilité prononcées sur le fondement de l'art. 5 et elle inscrit des déclarations de culpabilité fondées sur l'art. 5.1. La première question constitutionnelle est modifiée pour y faire état de l'art. 5.1.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi formé par l'appellant Côté contre la déclaration de culpabilité prononcée à son endroit en vertu du *Règlement de pêche du Québec* est accueilli et un acquittement est inscrit. Le pourvoi formé par les appellants contre leur déclaration de culpabilité respective en vertu du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* est rejeté. Comme nous estimons qu'il n'est pas nécessaire, vu nos autres conclusions, d'examiner s'il existe un droit issu de traité en l'espèce, nous rejetons le pourvoi incident formé par l'intimé contre la conclusion de la Cour d'appel qu'un tel droit existe.

Les réponses aux questions constitutionnelles modifiées sont les suivantes:

Question 1: L'article 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*, tel qu'il se lisait à l'époque des infractions reprochées, est-il inopérant à l'égard des appelants, dans les circonstances de l'espèce, sur leur territoire ancestral de chasse et de pêche, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et/ou de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits issus d'un traité, qui aurait été conclu à Swegatchy, en août 1760, ou en raison des droits ancestraux des peuples autochtones que les appelants ont invoqués?

Réponse: Non.

Question 2: Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, tel qu'il se lisait à l'époque des infractions reprochées, est-il inopérant à l'égard de l'appellant Franck Côté, dans les circonstances de l'espèce, sur son territoire ancestral de chasse et de pêche, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux des peuples autochtones ou des droits issus d'un traité qui aurait été conclu à Swegatchy, en août

of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice, and while I agree with his conclusion and much of what he says, I am concerned about the possible reach of some parts of his reasons and I, therefore, find it advisable to succinctly set forth my own views.

As in the companion case of *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, the issue in the present case is whether the traditional use, by a tribe of Indians, that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose can be recognized as an aboriginal right even though the Indians have no general right of occupation (often referred to as the “Indian title”) of the affected land. As in *Adams*, I agree that this type of servitude (to use a generic term) should be recognized where the Indians exercise the right as an aspect of their particular way of life in pre-contact times. I think that was sufficiently established here. The fact that Quebec once fell under the French regime does not affect the matter in the present case. It was not established — and certainly not in clear and plain terms — that this aboriginal right was extinguished either during the French regime or later. The right claimed is, therefore, an “existing right” under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree with the Chief Justice for the reasons he gives that this right was infringed by the *Quebec Fishery Regulations* but not by the *Regulation respecting controlled zones*. I also agree with what he has to say under the headings “Treaty Rights” and “Amendment of Informations and Constitutional Questions”. It follows, therefore, that I would dispose of the case in the manner proposed by him.

1760, au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l’appelant a invoqués?

Réponse: Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — J’ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et, même si je souscris à sa conclusion et à la plupart de ses motifs, je suis préoccupé par la portée que pourraient avoir certaines parties de ceux-ci. En conséquence, j’estime opportun d’exposer succinctement mes propres vues.

Tout comme dans l’arrêt connexe *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, rendu en même temps, la question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’utilisation traditionnelle — remontant avant l’arrivée des Européens — que fait une tribu indienne d’un territoire donné, à une fin particulière, peut être reconnue comme un droit ancestral, même si ces Indiens ne possèdent pas de droit général d’occupation (souvent appelé «titre indien») du territoire visé. Comme dans *Adams*, je suis d’accord que ce type de servitude (pour utiliser un terme générique) devrait être reconnu dans les cas où les Indiens exercent le droit en cause en tant qu’aspect du mode de vie qu’ils avaient avant le contact avec les Européens. Le fait que le Québec ait déjà été sous régime français n’a pas d’incidence sur la question. Il n’a pas été établi — et certainement pas en termes clairs et exprès — que ce droit ancestral a été éteint durant le régime français ou après. Le droit revendiqué est donc un droit «existant» au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis d’accord avec le Juge en chef, pour les motifs qu’il donne à cet égard, que ce droit a été violé par le *Règlement de pêche du Québec*, mais non par le *Règlement sur les zones d’exploitation contrôlée*. Je souscris également aux propos qu’il formule aux sections intitulées «Droits issus de traités» et «Modification des dénonciations et des questions constitutionnelles». En conséquence, je suis d’avis de trancher le présent pourvoi de la manière qu’il propose.

The following are the reasons delivered by

98

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Subject to my remarks in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, I agree with the Chief Justice's analysis and would dispose of the appeal as he suggests.

Appeal allowed with respect to the conviction under the Quebec Fishery Regulations but dismissed with respect to the convictions under the Regulation respecting controlled zones.

Solicitor for the appellants: Agnès Laporte, Hull.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener Atikamekw-Sipi/Council of the Atikamekw Nation: Hutchins, Soroka & Dionne, Montreal.

Solicitor for the intervener Chief Robert Whiteduck, on behalf of the Algonquins of Golden Lake First Nation and on behalf of others: Alan Pratt, Dunrobin.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Sous réserve des remarques que j'ai formulées dans l'arrêt *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, je souscris à l'analyse du Juge en chef et je trancherais le pourvoi de la manière qu'il propose.

Pourvoi accueilli en ce qui concerne la déclaration de culpabilité fondée sur le Règlement de pêche du Québec, mais rejeté en ce qui concerne celles prononcées en vertu du Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée.

Procureur des appelants: Agnès Laporte, Hull.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Atikamekw-Sipi/Conseil de la Nation atikamekw: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Procureur de l'intervenant le chef Robert Whiteduck, au nom de la Première nation des Algonquins de Golden Lake et au nom d'autres personnes: Alan Pratt, Dunrobin.

William Knox *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*INDEXED AS: **R. v. Knox**

File No.: 24690.

1996: March 28; 1996: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Blood test — Consent — Demand for blood test made of suspected impaired driver — Standard demand not mentioning requirements that assurances be made that the blood samples will only be taken by a qualified medical practitioner and that taking the samples would neither harm the suspect's health nor endanger the suspect's life — Whether the driver's consent was an essential element to be proved by the Crown in obtaining the driver's blood sample pursuant to s. 254(3) of the Criminal Code — Whether blood sample demand, absent the assurances, complied with the requirements of s. 254(4) of the Code — If not, what were the ramifications? — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3), (4), (5), 255(1), (2), 691(2)(a).

The police officer in charge of the situation following a serious traffic accident formed the opinion that the accused was impaired and demanded, pursuant to s. 254(3) of the *Criminal Code*, that he provide a blood sample. (The accused was at hospital and the nearest breathalyzer machine was some distance away.) The standard demand, which was read to the accused from a printed card, made no mention of the s. 254(4) requirements (detailed in *R. v. Green*) that assurances be made that the blood samples would only be taken by a qualified medical practitioner who was satisfied that taking the samples would neither harm the suspect's health nor endanger the suspect's life. Having found that the accused did not give his consent to the taking of the blood sample, the trial judge excluded the blood alcohol evidence. He subsequently acquitted the accused of two counts of causing bodily harm as a result of operating a motor vehicle while impaired (contrary to s. 255(2) of

William Knox *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*RÉPERTORIÉ: **R. c. Knox**

N° du greffe: 24690.

1996: 28 mars; 1996: 3 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Analyse sanguine — Consentement — Ordre de subir une analyse sanguine donné à un conducteur soupçonné d'avoir conduit en état d'ébriété — Ordre type ne comportant pas les garanties requises que les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié et que ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé du suspect — Le consentement du conducteur constituait-il un élément essentiel dont le ministère public devait faire la preuve pour obtenir l'échantillon de sang de ce conducteur conformément à l'art. 254(3) du Code criminel? — L'ordre de fournir un échantillon de sang, sans les garanties, satisfaisait-il aux exigences de l'art. 254(4) du Code? — Sinon, quelles en étaient les ramifications? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 254(3), (4), (5), 255(1), (2), 691(2)a).

À la suite d'un grave accident de la route, le policier chargé de l'affaire a estimé que l'accusé était en état d'ébriété et il lui a ordonné de fournir un échantillon de sang, conformément au par. 254(3) du *Code criminel*. (L'accusé était à l'hôpital et l'ivressomètre le plus proche se trouvait assez loin de là.) L'ordre type imprimé sur une carte, qui a été lu à l'accusé, ne comportait pas les garanties requises au par. 254(4) (et énoncées en détail dans l'arrêt *R. c. Green*), à savoir que les échantillons de sang ne seraient prélevés que par un médecin qualifié convaincu que ces prélèvements ne risqueraient pas de mettre en danger la vie ou la santé du suspect. Ayant conclu que l'accusé n'avait pas consenti au prélèvement de l'échantillon de sang, le juge du procès a écarté la preuve de l'alcoolémie. Il a ensuite acquitté l'accusé relativement à deux chefs d'accusation de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (en contravention du par. 255(2) du *Code*), et à un

the *Code*) and one count of driving with an alcohol level above the legal limit (contrary to s. 255(1)). The Court of Appeal reversed the acquittals and ordered a new trial. This appeal, accordingly, is of right. At issue here is: (1) whether the accused's consent was an essential element to be proved by the Crown in obtaining the accused's blood sample pursuant to s. 254(3) of the *Code*; and (2) whether the standard blood sample demand read here met the requirements of s. 254(4), and if not, what were the ramifications.

Held: The appeal should be dismissed.

The Crown is not required to prove the consent of the accused to the giving of a blood sample under s. 254(3) of the *Code*. This provision is mandatory not consensual. A person to whom a demand is made is "required to provide" a blood sample and anyone who "refuses to comply" with a blood sample demand commits a separate offence (s. 254(5)). The distinction between the meaning of "compliance" and the meaning of "consent" is real. To consent means to agree and to cooperate and connotes a decision to allow the police to do something which they could not otherwise do. Compliance has a more subtle meaning involving the failure to object. Acquiescence and compliance signal only a failure to object; they do not constitute consent. The current standard merely requires the Crown to establish that there were reasonable and probable grounds to believe that the accused had committed the offence of impaired driving, that it was impracticable to obtain a breathalyzer sample, and that a demand to obtain a blood sample was made. However, a person cannot be forced, physically or otherwise, to submit to a blood sample. Moreover, compliance can be vitiated by certain circumstances such as those involving trickery.

The standard demand form read here was deficient in that it did not make the s. 254(4) assurances that the blood samples would only be taken by a qualified medical practitioner who was satisfied that taking the samples would neither harm the suspect's health nor endanger the suspect's life. The taking of the sample absent these assurances would contravene ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If a demand is not validly made in this manner, the accused cannot be convicted under s. 254(5) for having failed to comply with this demand.

chef d'accusation de conduite d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite légale (en contravention du par. 255(1)). La Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Il s'agit en conséquence d'un pourvoi de plein droit. Deux questions se posent: (1) Le consentement de l'accusé constituait-il un élément essentiel dont le ministère public devait faire la preuve pour obtenir l'échantillon de sang de l'accusé conformément au par. 254(3) du *Code*? Et (2) l'ordre type de fournir un échantillon de sang, qui a été lu en l'espèce, satisfaisait-il aux exigences du par. 254(4) et, dans la négative, quelles en étaient les ramifications?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le ministère public n'est pas tenu de prouver que l'accusé a consenti au prélèvement d'un échantillon de sang en vertu du par. 254(3) du *Code*. C'est une disposition impérative et non consensuelle. Une personne qui en reçoit l'ordre est tenue de fournir un échantillon de sang et quiconque «refuse d'obtempérer» à un ordre de fournir un échantillon de sang commet une infraction distincte (par. 254(5)). Il existe réellement une différence de sens entre «obtempérer» et «consentir». Consentir signifie être d'accord et coopérer, et connote une décision de permettre à la police de faire quelque chose qu'elle ne pourrait pas faire autrement. Obtempérer a un sens plus subtil qui comporte l'omission de s'opposer. Le fait d'acquiescer et d'obtempérer indique seulement l'omission de s'opposer et ne constitue pas un consentement. La norme actuelle exige simplement que le ministère public prouve qu'il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé avait commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies, qu'il était impossible d'obtenir un échantillon d'haleine et qu'un ordre de prélèvement d'échantillon de sang avait été donné. Cependant, personne ne peut être contraint, physiquement ou autrement, de fournir un échantillon de sang. Par ailleurs, le fait d'obtempérer peut être vicié dans certaines circonstances comme celles où il y a eu recours à la supercherie.

L'ordre type qui a été lu en l'espèce était insuffisant parce qu'il ne comportait pas les garanties prévues au par. 254(4), à savoir que les échantillons de sang ne seraient prélevés que par un médecin qualifié convaincu que ces prélèvements ne risqueraient pas de mettre en danger la vie ou la santé du suspect. Sans ces garanties, le prélèvement sanguin contrevenait aux art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si l'ordre n'a pas été ainsi validement donné, l'accusé ne peut pas être déclaré coupable, en vertu du par. 254(5), de ne pas avoir obtempéré à cet ordre.

The principles in *Green* apply where a blood sample has actually been obtained. The logic of s. 254(4) of the *Code* is concerned with the adequacy of the demand itself, and not with whether the accused actually complied with the request. The integrity of the blood sample regime requires the police to deliver a valid demand with the s. 254(4) assurances even if the accused would have complied with the demand in the absence of the medical assurances.

The issue to be addressed given a *Charter* violation is whether the admission of the blood sample results could "bring the administration of justice into disrepute" under s. 24(2) of the *Charter*. The order for a new trial was appropriate since this determination should be left for the trial court. However, a significant distinction between compliance and refusal exists when applying s. 24(2) of the *Charter*. If an accused actually complies with a blood sample demand, in the absence of the medical assurances of s. 254(4), adducing the evidence of the blood sample is unlikely to "bring the administration of justice into disrepute". This is particularly true when the conditions stipulated by the provision were in fact met. The administration of justice is not harmed by the deficient demand when an accused actually complies under these circumstances because a proper demand under s. 254(4) would only serve to further encourage compliance.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; **considered:** *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337; **referred to:** *R. v. Green*, [1992] 1 S.C.R. 614.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 36], ss. 253(b) [rep. & sub. c. 32 (4th Supp.), s. 59], 254(3)(a), (b), (4), (5), 255(1), (2), 691(2)(a) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1995), 39 C.R. (4th) 362, 13 M.V.R. (3d) 291, allowing an appeal from acquittal by

Les principes énoncés dans l'arrêt *Green* s'appliquent lorsqu'un échantillon de sang a réellement été obtenu. La logique du par. 254(4) du *Code* concerne le caractère suffisant de l'ordre lui-même et non pas la question de savoir si l'accusé a vraiment obtempéré à la demande. L'intégrité du régime d'échantillons de sang exige que le policier donne un ordre valide assorti des garanties prévues au par. 254(4), même si l'accusé avait obtempéré à l'ordre en l'absence des garanties médicales.

La question à examiner, en cas de violation de la *Charte*, est de savoir si l'utilisation des résultats de l'analyse sanguine est susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice», au sens du par. 24(2) de la *Charte*. L'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès était appropriée puisqu'il s'agit d'une décision qui relève à juste titre du tribunal de première instance. Cependant, pour appliquer le par. 24(2) de la *Charte*, il y a une différence importante entre le fait d'obtempérer et le fait de refuser. Si un accusé a obtempéré à un ordre de fournir un échantillon sanguin sans que ne lui soient données les garanties médicales prévues au par. 254(4), la production en preuve de cet échantillon n'est pas susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice». Cela est d'autant plus vrai lorsque les conditions prescrites par la disposition ont été effectivement remplies. L'administration de la justice n'est pas déconsidérée par l'ordre insuffisant lorsqu'un accusé y a vraiment obtempéré dans ces circonstances, car un ordre régulier fondé sur le par. 254(4) ne servirait qu'à encourager davantage à y obtempérer.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; **arrêt examiné:** *R. c. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337; **arrêt mentionné:** *R. c. Green*, [1992] 1 R.C.S. 614.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], art. 253b) [abr. & rempl. ch. 32 (4^e suppl.), art. 59], 254(3)a), b) [mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. 1, n^o 6)], (4), (5), 255(1), (2), 691(2)a) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., n^o 9)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1995), 39 C.R. (4th) 362, 13 M.V.R. (3d) 291, qui a accueilli l'appel d'un acquittement

Dagenais J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Robert B. Carew, for the appellant.

Martin Lamontagne, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

prononcé par le juge Dagenais et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Robert B. Carew, pour l'appellant.

Martin Lamontagne, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 THE CHIEF JUSTICE — This appeal involves the interpretation of ss. 254(3), (4) and (5) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. These provisions set out the circumstances in which a peace officer can require a motorist to provide a blood sample for the purposes of determining blood alcohol concentration under s. 253(b) of the *Code*. As I confirmed at the hearing, the constitutionality of ss. 254(3), (4) and (5) themselves is not at issue.

2 The appellant, William Knox, was charged and subsequently acquitted on two counts of causing bodily harm as a result of operating a motor vehicle while impaired under s. 255(2) of the *Code*, and one count of operating a motor vehicle with an alcohol level in excess of 80 mg per 100 ml of blood under ss. 253(b) and 255(1) of the *Code*. The charges stemmed from a motor vehicle accident which occurred on June 22, 1991, in which the appellant had attempted to pass the car in front of him, only to crash into it. The other driver had slowed down and was in the process of making a left turn when the accident occurred. Two of the five passengers in the other car were seriously injured.

3 At the hospital where the appellant and the other injured parties were taken, the police constable in charge of the situation formed the opinion that the appellant was impaired. Because it would have taken approximately 45 minutes to transport the appellant to the nearest breathalyzer machine, the police constable decided to make a blood sample demand pursuant to s. 254(3) of the *Code*. The constable read to the appellant the following demand printed on a card issued by the Sûreté du Québec:

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi concerne l'interprétation des par. 254(3), (4) et (5) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Ces dispositions énoncent les circonstances dans lesquelles un agent de la paix peut exiger du conducteur d'un véhicule à moteur qu'il fournisse un échantillon de sang pour déterminer son alcoolémie en vertu de l'al. 253b) du *Code*. Comme je l'ai confirmé à l'audience, la constitutionnalité des par. 254(3), (4) et (5) eux-mêmes n'est pas en cause.

L'appellant, William Knox, a été acquitté relativement à deux chefs d'accusation de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, déposés en vertu du par. 255(2) du *Code*, et à un chef d'accusation de conduite d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, déposé en vertu de l'al. 253b) et du par. 255(1) du *Code*. Ces accusations découlaient d'un accident de la route survenu le 22 juin 1991, dans lequel l'appellant avait embouti la voiture qui roulait devant lui en tentant de la doubler. L'autre conducteur avait ralenti et s'apprêtait à effectuer un virage à gauche lorsque l'accident s'est produit. Deux des cinq passagers de l'autre voiture ont été grièvement blessés.

À l'hôpital où l'appellant et les autres blessés avaient été transportés, le policier chargé de l'affaire a estimé que l'appellant était en état d'ébriété. Comme il aurait fallu environ 45 minutes pour emmener l'appellant à l'ivressomètre le plus proche, le policier a décidé d'ordonner le prélèvement d'un échantillon de sang conformément au par. 254(3) du *Code*. Il a lu à l'appellant la version anglaise de l'ordre suivant imprimé sur une carte délivrée par la Sûreté du Québec:

I have reasonable ground [*sic*] to believe that you are driving or have the care or control of a motor vehicle, a vessel or an aircraft while you were — your ability to drive is impaired or the portion of alcohol in your blood is over the limit prescribed by law. I demand that you accompany me to undergo — submit to a blood test, which will determine the proportion of alcohol in your blood. Refusal or failure to comply with this demand renders you reliable [*sic*] to criminal charges. You are entitled by law to be assisted by a counsel without delay. You may have resources [*sic*] to the services of a legal aid advocate or to your advocate, regardless of your financial resources.

Despite conflicting accounts of what subsequently took place, a blood sample was drawn from the appellant. The blood alcohol analysis later revealed a blood alcohol content of 302 mg per 100 ml of blood in one test, and 293 mg per 100 ml of blood in the other — considerably greater concentrations than the legal limit of 80 mg per 100 ml of blood.

The appellant was acquitted at trial because the trial judge excluded the appellant's blood alcohol evidence. Dagenais J. held that the blood sample was obtained without the appellant's consent and thereby contravened s. 253(b) of the *Code*. On appeal, a unanimous panel of the Quebec Court of Appeal (Proulx, Fish and Deschamps J.J.A.) reversed the ruling of the trial judge and ordered a new trial: (1995), 39 C.R. (4th) 362. Proulx J.A. held that the trial judge had erred in finding that the prosecution was required to prove the "consent" of an accused before drawing a blood sample pursuant to s. 254(3) of the *Code*. Nonetheless, Proulx J.A. did find that the police constable's demand for the appellant's blood sample did not comply with the requirements of s. 254(4) of the *Code* as detailed by this Court in *R. v. Green*, [1992] 1 S.C.R. 614.

Because the Quebec Court of Appeal set aside an acquittal, the appellant now appeals that court's judgment as of right, pursuant to s. 691(2)(a) of the *Code*.

J'ai des motifs raisonnables de croire que vous conduisez (ou que vous avez la garde ou le contrôle d') un véhicule à moteur (d'un bateau ou d'un aéronef), alors que vous — votre capacité de conduire est affaiblie par l'alcool ou que le taux d'alcool dans votre sang dépasse la limite prescrite par la loi. Je vous ordonne de me suivre pour subir l'analyse sanguine nécessaire pour déterminer le taux d'alcoolémie. Un refus ou défaut de vous soumettre à cet ordre vous rend passible de poursuites criminelles. Vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous pouvez recourir aux services d'un avocat de l'aide juridique ou de votre avocat, sans égard à votre situation financière.

Malgré des récits contradictoires sur ce qui s'est produit par la suite, un prélèvement d'échantillon sanguin a été effectué sur l'appellant. L'analyse visant à déterminer son alcoolémie a, par la suite, révélé la présence de 302 mg d'alcool par 100 ml de sang dans un premier test, et de 293 mg d'alcool par 100 ml de sang dans l'autre test — des concentrations beaucoup plus élevées que la limite légale de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

L'appellant a été acquitté à son procès parce que le juge a écarté la preuve de l'alcoolémie de l'appellant. Le juge Dagenais a conclu que l'échantillon de sang avait été obtenu sans le consentement de l'appellant et contrevenait ainsi à l'al. 253b) du *Code*. En appel, la Cour d'appel du Québec (les juges Proulx, Fish et Deschamps) a infirmé à l'unanimité la décision du juge du procès et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1995), 39 C.R. (4th) 362. Le juge Proulx a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que la poursuite était tenue de prouver qu'un accusé avait donné son «consentement» avant de subir un prélèvement d'échantillon sanguin conformément au par. 254(3) du *Code*. Le juge Proulx a néanmoins conclu que l'ordre de fournir un échantillon de sang que le policier avait donné à l'appellant ne respectait pas les exigences du par. 254(4) du *Code*, que notre Cour a énoncées en détail dans l'arrêt *R. c. Green*, [1992] 1 R.C.S. 614.

Comme la Cour d'appel du Québec a annulé un acquittement, l'appellant se pourvoit maintenant de plein droit contre le jugement de cette cour, conformément à l'al. 691(2)a) du *Code*.

I. Issues

6 There are two central issues on this appeal:

- (i) was the consent of the appellant an essential element to be proved by the Crown in obtaining the appellant's blood sample pursuant to s. 254(3) of the *Criminal Code*?
- (ii) did the standard blood sample demand of the Sûreté du Québec, as read by the police constable to the appellant prior to obtaining his blood sample, comply with the requirements of s. 254(4) of the *Code*? If not, what are the ramifications?

The other issues raised by the appellant lack merit, and in view of the reasons and result that follow, I decline to comment upon them.

II. Relevant Statutory Provisions

7 Sections 254(3), (4) and (5) of the *Criminal Code* provide as follows:

254. . . .

(3) Where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253, the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide then or as soon thereafter as is practicable

(a) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician, or

(b) where the peace officer has reasonable and probable grounds to believe that, by reason of any physical condition of the person,

(i) the person may be incapable of providing a sample of his breath, or

I. Les questions en litige

Deux questions principales se posent dans le présent pourvoi:

- (i) Le consentement de l'appelant constituait-il un élément essentiel dont le ministère public devait faire la preuve pour obtenir l'échantillon de sang de l'appelant conformément au par. 254(3) du *Code criminel*?
- (ii) L'ordre type de la Sûreté du Québec de fournir un échantillon de sang, que le policier a lu à l'appelant avant d'obtenir son échantillon de sang, satisfaisait-il aux exigences du par. 254(4) du *Code*? Sinon, quelles en sont les ramifications?

Les autres questions soulevées par l'appelant ne sont pas fondées et, compte tenu des motifs et du résultat qui suivent, je refuse de formuler des observations à leur sujet.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Les paragraphes 254(3), (4) et (5) du *Code criminel* se lisent ainsi:

254. . . .

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253 peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons suivants:

a) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie;

b) soit les échantillons de sang suivant le paragraphe (4), qui, de l'avis d'un technicien ou d'un médecin qualifiés sont nécessaires à l'analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie, dans le cas où l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'à cause de l'état physique de cette personne, une de ces conditions se présente:

(i) celle-ci peut être incapable de fournir un échantillon d'haleine,

(ii) it would be impracticable to obtain a sample of the person's breath,

such samples of the person's blood, under the conditions referred to in subsection (4), as in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples

are necessary to enable proper analysis to be made in order to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

(4) Samples of blood may only be taken from a person pursuant to a demand made by a peace officer under subsection (3) if the samples are taken by or under the direction of a qualified medical practitioner and the qualified medical practitioner is satisfied that the taking of those samples would not endanger the life or health of the person.

(5) Every one commits an offence who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under this section.

III. Analysis

A. *Consent as a Required Element of Section 254(3) of the Code*

In my view, the Crown is clearly not required to prove the consent of the accused to the giving of a blood sample under s. 254(3) of the *Code*. The provision makes no reference to a requirement of consent. Instead, s. 254(3) states that a person to whom a demand is made is "require[d] . . . to provide" a blood sample. Section 254(3) is mandatory not consensual. It is also to be noted that s. 254(5) states that anyone who "refuses to comply" with a blood sample demand has committed a separate offence.

The appellant is wrong to rely upon this Court's decisions in *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, and *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, in support of the view that a blood sample taken pursuant to s. 254(3) requires the consent of the person from whom the blood is drawn. In both of those cases, the blood samples at issue were seized at a time

(ii) le prélèvement d'un échantillon d'haleine ne serait pas facilement réalisable.

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre.

(4) Les échantillons de sang ne peuvent être prélevés d'une personne à la suite d'un ordre de l'agent de la paix en vertu du paragraphe (3) que par un médecin qualifié ou sous sa direction et à la condition qu'il soit convaincu que ces prélèvements ne risquent pas de mettre en danger la vie ou la santé de cette personne.

(5) Commet une infraction quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à un ordre que lui donne un agent de la paix en vertu du présent article.

III. Analyse

A. *Le consentement en tant qu'élément requis par le par. 254(3) du Code*

À mon avis, le ministère public n'est manifestement pas tenu de prouver que l'accusé a consenti au prélèvement d'un échantillon de sang en vertu du par. 254(3) du *Code*. La disposition ne mentionne aucune exigence de consentement. Au lieu de cela, le par. 254(3) précise que la personne qui en reçoit l'ordre est tenue de fournir un échantillon de sang. Le paragraphe 254(3) est une disposition impérative et non consensuelle. Il faut également noter que le par. 254(5) prévoit que quiconque «refuse d'obtempérer» à un ordre de fournir un échantillon de sang commet une infraction distincte.

L'appelant a tort d'invoquer les arrêts de notre Cour *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, et *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, à l'appui du point de vue selon lequel le prélèvement d'un échantillon de sang conformément au par. 254(3) exige le consentement de la personne sur laquelle il est effectué. Dans ces deux arrêts, les échantillons de

when the *Code* provided that an individual could not be required to provide blood samples. The provision read:

237. . . .

(2) No person is required to give a sample of blood, urine or other bodily substance for chemical analysis for the purposes of this section except breath . . . and evidence that a person failed or refused to give such a sample or that such a sample was not taken is not admissible. . . . [Emphasis added.]

The only way the police could obtain a legal blood sample at that time was if an individual actually consented to providing one. However, between the time of the taking of the blood sample in *Dyment* and the hearing of that appeal, the blood sample provisions in the *Code* were amended, then s. 238. In fact, in his reasons in *Dyment*, La Forest J. acknowledged the legislative change. He wrote at p. 422:

The doctor did not obtain his patient's consent to obtain the blood sample. Mr. Dyment was not even aware of it as he was suffering from a concussion. I should note that at the time, under s. 237(2) of the *Criminal Code*, no person was required to give a sample of blood. Section 238(3), however, now provides that, where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person has committed the offence of impaired driving, he may require him to provide blood samples. [Emphasis added.]

sang en cause avaient été recueillis à une époque où le *Code* prévoyait qu'une personne ne pouvait pas être tenue de fournir des échantillons de sang. La disposition se lisait ainsi:

237. . . .

(2) Nul n'est tenu de donner un échantillon de sang, d'urine ou d'une autre substance corporelle pour analyse chimique aux fins du présent article si ce n'est en ce qui a trait à l'haleine [. . .] et la preuve qu'une personne a fait défaut ou refusé de donner cet échantillon ou que l'échantillon n'a pas été prélevé, n'est pas admissible. . . . [Je souligne.]

À l'époque, la police ne pouvait obtenir un échantillon légal de sang que si la personne concernée avait réellement consenti au prélèvement. Toutefois, entre le moment où l'échantillon de sang a été prélevé dans l'affaire *Dyment* et l'audition de ce pourvoi, il y a eu modification des dispositions du *Code* relatives aux échantillons de sang (alors contenues à l'art. 238). En fait, dans les motifs qu'il a exposés dans l'affaire *Dyment*, le juge La Forest a reconnu l'existence de cette modification législative. Il écrit, à la p. 422:

Le médecin n'a pas obtenu le consentement de son patient pour recueillir l'échantillon de sang. M. Dyment n'en a même pas eu conscience étant donné qu'il souffrait de commotion. Je dois noter qu'à l'époque, en vertu du par. 237(2) du *Code criminel*, nul n'était obligé de fournir un échantillon de sang. Toutefois, le par. 238(3) prévoit maintenant que l'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies peut lui ordonner de fournir des échantillons de sang. [Je souligne.]

10

The distinction between the meaning of "compliance" and the meaning of "consent" is real. To consent means to actually agree and cooperate. Compliance has a more subtle meaning involving the failure to object. Doherty J.A. made this distinction in a holding of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337, and I endorse it. In that case, the accused had consented to taking a second breathalyzer test despite registering a "warn" signal on the initial screening device. In distinguishing the meaning of "compliance" from that of "consent" for similar purposes

Il existe réellement une différence de sens entre «obtempérer» et «consentir». Consentir signifie être d'accord et coopérer vraiment. Obtempérer a un sens plus subtil qui comporte l'omission de s'opposer. Le juge Doherty a fait cette distinction dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337, et j'y souscris. Dans cette affaire, l'accusé avait consenti à subir un deuxième alcootest malgré l'apparition d'un signal d'«avertissement» durant le premier test. En distinguant le sens d'«obtempérer» d'avec celui de «consentir» à des fins similaires en vertu de l'art. 8

under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Doherty J.A. wrote at p. 348:

Co-operation must . . . be distinguished from mere acquiescence in or compliance with a police request. True co-operation connotes a decision to allow the police to do something which they could not otherwise do. Acquiescence and compliance signal only a failure to object; they do not constitute consent.

Doherty J.A. made this distinction in order to emphasize that, in that case, consent, and not merely compliance, was required to validate an otherwise unreasonable search under s. 8 of the *Charter*.

Accordingly, the trial judge was wrong to interpret s. 254(3) to mean that the Crown has to obtain and later prove the appellant's consent to properly take a blood sample from him. The amended standard merely requires the Crown to establish that there were reasonable and probable grounds to believe that the appellant had committed the offence of impaired driving, that it was impracticable to obtain a breathalyzer sample, and that a demand to obtain a blood sample was made.

Of course, none of these findings is meant to suggest that a person can be forced, physically or otherwise, to submit to a blood sample. A person can still refuse a demand for a blood sample, but s. 254(5) creates a distinct offence for doing so. As such, the blood sample regime of the *Code* effectively dovetails with the breathalyzer regime upon which this Court has previously expounded. Moreover, nothing suggests that compliance cannot be vitiated, should for example, the trier of fact conclude that the appellant was tricked into thinking that his or her blood sample was only being used for the medical purposes of his or her attending physician.

For these reasons, I find that the trial judge erred in excluding the results of the blood sample analysis because the Crown had failed to establish the

de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge Doherty affirme, à la p. 348:

[TRADUCTION] Il faut distinguer la coopération [. . .] du simple fait d'acquiescer ou d'obtempérer à une demande de la police. La véritable coopération connote une décision de permettre à la police de faire quelque chose qu'elle ne pourrait pas faire autrement. Le fait d'acquiescer et d'obtempérer indique seulement l'omission de s'opposer et ne constitue pas un consentement.

Le juge Doherty a fait cette distinction pour souligner que, dans cette affaire, le consentement, et non le simple fait d'obtempérer, était nécessaire pour valider une fouille ou perquisition qui, par ailleurs, aurait été abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Par conséquent, le juge du procès a eu tort d'interpréter le par. 254(3) comme signifiant que le ministère public doit obtenir le consentement de l'appelant et ensuite prouver qu'il l'a obtenu pour prélever à bon droit un échantillon de son sang. La norme modifiée exige simplement que le ministère public prouve qu'il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies, qu'il était impossible d'obtenir un échantillon d'haleine et qu'un ordre de prélèvement d'échantillon de sang avait été donné.

Naturellement, aucune de ces conclusions n'est destinée à laisser entendre qu'une personne peut être contrainte, physiquement ou autrement, de fournir un échantillon de sang. Une personne peut encore refuser de fournir un échantillon de sang, mais le par. 254(5) prévoit que, si elle refuse de le faire, elle commet alors une infraction distincte. Donc, le régime du *Code* en matière d'échantillons de sang concorde effectivement avec le régime d'alcootest que notre Cour a déjà expliqué. En outre, rien ne porte à croire que le fait d'obtempérer ne peut pas être vicié, si, par exemple, le juge des faits conclut que l'appelant a été amené à penser que son échantillon de sang ne serait utilisé qu'à des fins médicales par son médecin traitant.

Pour ces motifs, j'estime que le juge du procès a commis une erreur en écartant les résultats de l'analyse sanguine pour le motif que le ministère

11

12

13

appellant's consent beyond a reasonable doubt. Consent plays no part in s. 254. The matter should be reconsidered by the trial court in light of the "compliance" standard.

B. *The Blood Sample Demand*

14 The police constable who demanded blood from the appellant did so by reading to him the standard demand form of the Sûreté du Québec. I find that this standard demand form was deficient because it did not refer to the assurances in s. 254(4), as required by this Court in *Green, supra*.

15 In *Green*, this Court held that the demand for a blood sample made under s. 254(3) of the *Code* must include the assurances set out in s. 254(4), namely that: (a) the blood samples will only be taken by a qualified medical practitioner; and (b) the samples will only be taken if the qualified medical practitioner is satisfied that the taking of the samples would not endanger the health or life of the suspect. If a demand to a suspect is not validly made in this manner, the accused cannot be convicted under s. 254(5) for having failed to comply with this demand. As La Forest J. explained in writing for the Court in *Green* at p. 617:

This case raises the issue of whether a demand for blood samples by a peace officer pursuant to s. 254(3) must incorporate the assurances of s. 254(4) that the samples of blood will only be taken by or under the direction of a qualified medical practitioner and only if the qualified medical practitioner is satisfied that the taking of those samples would not endanger the life or health of the patient. . . . In my view it should. . . . Parliament's purpose appears to be directed to putting to rest the fear that an improper procedure might be followed or that unqualified persons might conduct the procedure. The danger is that a person might be prompted to refuse to take the test on such grounds.

16 There is little doubt that the content of the police constable's demand was legally deficient according to the principles set out in *Green*. On this

public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait donné son consentement. Le consentement ne joue aucun rôle à l'art. 254. La question devrait être réexaminée par le tribunal de première instance en fonction de la norme de l'«obéissance» à un ordre donné.

B. *L'ordre de fournir un échantillon de sang*

Le policier qui a ordonné de prélever du sang de l'appelant l'a fait en lui lisant l'ordre type de la Sûreté du Québec. Je conclus que cet ordre type était insuffisant parce qu'il ne mentionnait pas les garanties prévues au par. 254(4), alors que l'arrêt *Green*, précité, de notre Cour l'exige.

Dans l'arrêt *Green*, notre Cour a conclu que l'ordre de fournir un échantillon de sang, fondé sur le par. 254(3) du *Code*, doit comprendre les garanties énoncées au par. 254(4), à savoir a) que les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié, et b) que les échantillons ne seront prélevés qu'à la condition que le médecin qualifié soit convaincu que ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé du suspect. Si l'ordre n'a pas été ainsi valablement donné au suspect, l'accusé ne peut pas être déclaré coupable, en vertu du par. 254(5), de ne pas avoir obtempéré à cet ordre. Comme le juge La Forest l'explique au nom de la Cour dans l'arrêt *Green*, à la p. 617:

La présente affaire soulève la question de savoir si l'ordre de fournir un échantillon de sang fait par un agent de la paix en vertu du par. 254(3) doit comprendre les garanties prévues au par. 254(4) selon lesquelles les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié ou sous sa direction et à la condition qu'il soit convaincu que ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé du patient. [. . .] À mon avis, [il le] devrait. [. . .] Le but recherché par le législateur paraît être de dissiper la crainte que la procédure suivie ne soit pas appropriée ou soit confiée à des personnes non qualifiées. Le danger dans un tel cas est qu'une personne puisse être incitée à refuser le prélèvement de l'échantillon pour des raisons de ce genre.

Il fait peu de doute que le contenu de l'ordre donné par le policier n'était pas suffisant sur le plan juridique d'après les principes énoncés dans

point, I agree with Proulx J.A.'s conclusions for the Quebec Court of Appeal. He wrote at p. 372:

[TRANSLATION] There remains the [ground of appeal], concerning which, in my opinion, the trial judge erred in law by concluding that, according to *Green*, . . . the order given by the police officer complied with the requirements of section 254(4). Having read the warning given by the police officer, I must conclude that there was no evidence that the guarantees provided for were formulated. The police officer simply read a form, which, at the time, did not contain those elements. [Emphasis added.]

The standard demand form contains neither assurance from s. 254(4). As such, I find that the demand delivered by the police constable to the appellant did not satisfy the requirements of a valid blood sample demand under s. 254(3), and therefore the taking of the sample contravened ss. 7 and 8 of the *Charter*.

I also reject the trial judge's determination that the principles in *Green* do not apply where a blood sample has actually been obtained. Although there is a significant distinction between compliance and refusal when applying s. 24(2) of the *Charter*, I find that *Green* applies equally to cases where the accused ultimately complied with a deficient demand. The logic of s. 254(4) of the *Code* is concerned with the adequacy of the demand itself, and not whether the accused actually complied with the request. The integrity of the blood sample regime requires the police to deliver a valid demand with the s. 254(4) assurances even if the accused would have complied with the demand in the absence of the medical assurances.

Of course, this leads to a crucial question: whether the results of the blood sample analysis can be used despite the *Charter* violation. Contrary to the appellant's submission, the Quebec Court of Appeal did not err by ordering a new trial instead of rendering a verdict of acquittal. The issue that needs to be addressed is whether the admission of the blood sample results could "bring the adminis-

l'arrêt *Green*. Sur ce point, je suis d'accord avec les conclusions tirées par le juge Proulx au nom de la Cour d'appel du Québec. Il a déclaré, à la p. 372:

Reste le [motif d'appel] où, à mon avis, le premier juge a erré en droit en concluant que, selon l'arrêt *Green*, [. . .] l'ordre donné par le policier respectait les exigences du par. 254(4). En effet, à la lecture de la mise en garde donnée par le policier, je dois conclure qu'il n'y a aucune preuve que les garanties prévues ont été formulées. Le policier s'est contenté de lire une formule qui, à l'époque, faisait abstraction de ces éléments. [Je souligne.]

L'ordre type ne comporte aucune des garanties prévues au par. 254(4). Je conclus donc que l'ordre donné à l'appelant par le policier ne satisfaisait pas aux exigences d'un ordre valide de fournir un échantillon de sang en vertu du par. 254(3) et que, par conséquent, le prélèvement sanguin contrevenait aux art. 7 et 8 de la *Charte*.

Je rejette également la décision du juge du procès que les principes énoncés dans l'arrêt *Green* ne s'appliquent pas lorsqu'un échantillon de sang a réellement été obtenu. Bien que, pour appliquer le par. 24(2) de la *Charte*, il y ait une différence importante entre le fait d'obtempérer et le fait de refuser, je conclus que l'arrêt *Green* s'applique également aux cas où l'accusé a finalement obtempéré à un ordre insuffisant. La logique du par. 254(4) du *Code* concerne le caractère suffisant de l'ordre lui-même et non pas la question de savoir si l'accusé a vraiment obtempéré à la demande. L'intégrité du régime d'échantillons de sang exige que le policier donne un ordre valide assorti des garanties prévues au par. 254(4), même si l'accusé avait obtempéré à l'ordre en l'absence des garanties médicales.

Naturellement, cela nous amène à la question cruciale de savoir si les résultats de l'analyse sanguine peuvent être utilisés malgré la violation de la *Charte*. Contrairement à la prétention de l'appelant, la Cour d'appel du Québec n'a pas commis d'erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès au lieu de rendre un verdict d'acquittal. La question à examiner est de savoir si l'utilisation

17

18

tration of justice into disrepute” under s. 24(2) of the *Charter*. As I have said on previous occasions, this is a determination appropriately left for the trial court, and I leave this issue to be decided by it. Nevertheless, I might point out that if an accused actually complies with a blood sample demand, in the absence of the medical assurances of s. 254(4), I cannot conceive how adducing the evidence of the blood sample could “bring the administration of justice into disrepute”. This is particularly true when the conditions stipulated by the provision were in fact met. Subject to other considerations which are ultimately left to the trial court, the administration of justice is not harmed by the deficient demand when an accused actually complies under these circumstances. This is because a proper demand under s. 254(4) would only serve to encourage further compliance.

des résultats de l’analyse sanguine est susceptible de «déconsidérer l’administration de la justice», au sens du par. 24(2) de la *Charte*. Comme je l’ai déjà dit, il s’agit d’une décision qui relève à juste titre du tribunal de première instance et je lui laisse le soin de trancher la question. Néanmoins, je pourrais souligner que, si un accusé a obtempéré à un ordre de fournir un échantillon sanguin sans que ne lui soient données les garanties médicales prévues au par. 254(4), je ne verrais pas comment la production en preuve de cet échantillon serait susceptible de «déconsidérer l’administration de la justice». Cela est d’autant plus vrai lorsque les conditions prescrites par la disposition ont été effectivement remplies. Sous réserve d’autres considérations qui, en dernière analyse, relèvent du tribunal de première instance, l’administration de la justice n’est pas déconsidérée par l’ordre insuffisant lorsqu’un accusé y a vraiment obtempéré dans ces circonstances. Il en est ainsi parce qu’un ordre régulier fondé sur le par. 254(4) ne servirait qu’à encourager davantage à y obtempérer.

19 The appeal is dismissed. The Quebec Court of Appeal’s decision to reverse the appellant’s acquittal and order a new trial is upheld. The new trial is to be conducted in a manner consistent with these reasons.

Le pourvoi est rejeté. La décision de la Cour d’appel du Québec d’annuler l’acquittal de l’appelant et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès est maintenue. Le nouveau procès devra se dérouler d’une manière conforme aux présents motifs.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Carew & Rogers, Ottawa.

Procureurs de l’appelant: Carew & Rogers, Ottawa.

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

Procureur de l’intimée: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.



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

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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1996 Vol. 3

2^e cahier, 1996 Vol. 3

Cited as [1996] 3 S.C.R. 211-414

Renvoi [1996] 3 R.C.S. 211-414

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Augustus v. Gosset 268

Damages — Moral prejudice — *Solatium doloris* — Whether *solatium doloris* a type of moral prejudice for which compensation available under Quebec law — Assessment of prejudice — Applicable criteria — Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1056.

Guimond v. Quebec (Attorney General) 347

Civil procedure — Class action — Authorization — Colour of right — Respondent sentenced to imprisonment after failing to pay fines — Respondent seeking authorization to proceed by class action to claim damages from government for breach of his constitutional rights and those of others in similar situation — Respondent alleging that statutory sentencing provisions infringing both Canadian and Quebec charters of rights — Whether authorization should be granted — Whether respon-

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Augustus c. Gosset 268

Dommages-intérêts — Préjudice moral — *Solatium doloris* — Le *solatium doloris* est-il un type de préjudice moral qui peut faire l'objet d'une indemnisation en droit québécois? — Évaluation du préjudice — Critères applicables — Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1056.

Guimond c. Québec (Procureur général) 347

Procédure civile — Recours collectif — Autorisation — Apparence sérieuse de droit — L'intimé a été condamné à l'emprisonnement pour défaut de paiement d'amendes — L'intimé a demandé l'autorisation d'exercer un recours collectif sollicitant des dommages-intérêts contre le gouvernement pour violation de ses droits constitutionnels et de ceux d'autres personnes dans une situation analogue — L'intimé prétend que les dispositions législatives en matière de détermination de la peine por-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

dent failed to establish serious colour of right — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 1003(b).

Katz v. Vancouver Stock Exchange..... 405

Administrative law — Reasonable apprehension of bias — Securities — Citation against appellant for contravention of certain by-laws and exchange rules — Hearing panel appointed to conduct inquiry — Appointment process for hearing panel not giving rise to reasonable apprehension of bias.

Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand 211

Evidence — Class action — Applicable rules of evidence — Proof by presumptions of fact — Whether Code of Civil Procedure provisions relating to class actions have changed rules of evidence applicable in civil matters.

Damages — Moral prejudice — Evaluation — Role of functional approach in evaluating moral prejudice in Quebec civil law — Method of calculating moral damages.

R. v. G. (R.M.) 362

Trial — Charge to jury — Sexual assault — Defence denying assault and providing both reasons for possible fabrication of accusation and an alibi to some alleged incidents — Trial judge charging jury only with issue of who perpetrated assault — On objection, jury recharged on whether an assault occurred and then on the issue of who perpetrated the alleged assault — Whether charge and recharge adequately dealt with theory of defence.

Trial — Exhortation to jury — Jury hung — Trial judge urging jury to consider the public expense of a new trial, the inconvenience to all participants, the hardship to the accused and the complainant and suggesting that the minority might want to reconsider what the majority were saying — Guilty verdict rendered short time later — Whether exhortation objectionable or improper.

Trial — Verdict — Standard for setting aside verdict — Whether standard with respect to exhortation should be any ground there was a miscarriage of justice (s. 686(1)(a)(iii)) or whether it should focus on whether an error of law was committed (s. 686(1)(a)(ii)) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (iii).

R. v. Jacques 312

Constitutional law — Charter of Rights — Search or seizure — Police officer stopping and searching appellants' truck several kilometres from Canada-U.S. border after receiving report that a vehicle had crossed at uncontrolled point of entry — Report containing no description of vehicle or passengers — Customs Act authorizing stop and search of vehicle where officer suspects on reasonable grounds that vehicle is or might be involved in smuggling — Whether officer had reasonable

SOMMAIRE (Suite)

tent atteinte tant à la charte canadienne des droits qu'à la charte québécoise — L'autorisation devrait-elle être accordée? — L'intimé a-t-il été incapable d'établir une apparence sérieuse de droit? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003b).

Katz c. Vancouver Stock Exchange..... 405

Droit administratif — Crainte raisonnable de partialité — Valeurs mobilières — Citation délivrée contre l'appelant relativement à des contraventions à des règles et règlements administratifs en matière de commerce des valeurs mobilières — Tribunal constitué pour mener une enquête — Aucune crainte raisonnable de partialité découlant du mode de nomination des membres du tribunal.

Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand 211

Preuve — Recours collectif — Règles de preuve applicables — Preuve par présomptions de fait — Les dispositions du Code de procédure civile relatives aux recours collectifs ont-elles modifié les règles de preuve applicables en matière civile?

Domages-intérêts — Préjudice moral — Évaluation — Place de l'approche fonctionnelle dans l'évaluation du préjudice moral en droit civil québécois — Méthode de calcul des dommages moraux.

R. c. G. (R.M.) 362

Procès — Exposé au jury — Agression sexuelle — Défense niant l'existence d'une agression et soumettant deux raisons à l'appui d'une possibilité de fabrication d'accusation et un alibi relatif à certains épisodes allégués — Exposé du juge du procès au jury ne portant que sur la question de l'auteur de l'agression — À la suite d'une opposition, nouvel exposé au jury sur la question de l'existence d'une agression et, ensuite, sur la question de l'auteur de l'agression alléguée — L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?

Procès — Exhortation au jury — Jury dans l'impasse — Juge du procès pressant le jury de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et laissant entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires — Verdict de culpabilité rendu peu après — L'exhortation était-elle répréhensible ou incorrecte?

Procès — Verdict — Norme applicable pour annuler un verdict — La norme applicable à l'exhortation devrait-elle consister à déterminer si, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire (art. 686(1)(a)(iii)) ou consister à se demander si une erreur de droit a été commise (art. 686(1)(a)(ii))? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), (iii).

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

grounds to stop appellants — Whether appellants subjected to unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Suppl.), s. 99(1)(f).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Police officer stopping and searching appellants' truck several kilometres from Canada-U.S. border after receiving report that a vehicle had crossed at uncontrolled point of entry — Report containing no description of vehicle or passengers — Customs Act authorizing stop and search of vehicle where officer suspects on reasonable grounds that vehicle is or might be involved in smuggling — Whether officer had reasonable grounds to stop appellants — Whether appellants arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Suppl.), s. 99(1)(f).

R. v. Keshane 413

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused charged with possession of marijuana for purpose of trafficking — Trial judge finding that warrantless search of accused's car violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Trial judge excluding marijuana found by police from evidence — Court of Appeal correct in directing that evidence be admitted — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Laverty 412

Criminal law — Charge to jury — Self-defence — Provocation — Trial judge's charge to jury containing no reversible error.

R. v. Parisé..... 408

Criminal law — Fraud — Welfare — Sale of real property without informing social assistance authorities — Trial judge finding conduct not creating risk of privation exceeding \$1,000 and finding accused honestly believed circumstances had not changed so as to affect entitlement — Essential element of *mens rea* negated — Acquittal restored.

R. v. Pittman 410

Criminal law — Charge to jury — Defences — Intoxication — Trial judge's instructions as to defence of intoxication not in error or misleading when taken as a whole — Majority of Court of Appeal correct in dismissing issues raised as to unanimity and trial judge's remarks said to be inflammatory.

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Jacques 312

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie — Agent de police interceptant et fouillant la camionnette des appelants à quelques kilomètres de la frontière Canada-É.-U., après avoir reçu un rapport l'informant qu'un véhicule avait traversé à un passage frontalier non surveillé — Rapport ne donnant aucune description du véhicule ou des passagers — Loi sur les douanes autorisant un agent à intercepter et à fouiller un véhicule s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce véhicule sert ou pourrait servir à faire de la contrebande — L'agent avait-il des motifs raisonnables d'interpeller les appelants? — Les appelants ont-ils été soumis à une fouille, perquisition ou saisie abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 99(1)f).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Agent de police interceptant et fouillant la camionnette des appelants à quelques kilomètres de la frontière Canada-É.-U., après avoir reçu un rapport l'informant qu'un véhicule avait traversé à un passage frontalier non surveillé — Rapport ne donnant aucune description du véhicule ou des passagers — Loi sur les douanes autorisant un agent à intercepter et à fouiller un véhicule s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce véhicule sert ou pourrait servir à faire de la contrebande — L'agent avait-il des motifs raisonnables d'interpeller les appelants? — Les appelants ont-ils été détenus arbitrairement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 99(1)f).

R. c. Keshane 413

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Accusée inculpée de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — Juge du procès concluant que la fouille sans mandat de la voiture de l'accusée viole l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés — Juge du procès écartant de la preuve la marijuana découverte par la police — Cour d'appel ayant raison d'ordonner l'admission de cette preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Laverty 412

Droit criminel — Exposé au jury — Légitime défense — Provocation — Exposé du juge du procès au jury ne contenant aucune erreur justifiant annulation.

R. c. Parisé..... 408

Droit criminel — Fraude — Aide sociale — Vente d'un bien réel sans en informer les autorités responsables de l'aide sociale — Le juge du procès a conclu que cette conduite n'avait pas créé de risque de privation d'une somme supérieure à 1 000 \$ et il a statué que l'accusée croyait sincèrement que sa situation n'avait pas changé d'une manière influant sur droit à

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

l'aide au revenu — Absence d'un élément essentiel de la *mens rea* — Acquittement rétabli.

R. c. Pittman 410

Droit criminel — Exposé au jury — Moyens de défense — Intoxication — Directives du juge du procès relativement au moyen de défense fondé sur l'intoxication n'étant, dans l'ensemble, ni erronées ni de nature à induire en erreur — Cour d'appel à la majorité ayant raison de rejeter les moyens invoqués touchant les directives sur l'unanimité et les remarques soi-disant incendiaires du juge du procès.

The Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand (C.S.N.), the Fédération des affaires sociales (C.S.N.) and the Confederation of National Trade Unions (C.N.T.U.) *Appellants*

v.

The Public Curator, Rémi Lussier, and the Public Curator in the person of Nicole Fontaine, in her capacity as curator ex officio of Honorine Abel *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec *Mis en cause*

INDEXED AS: QUEBEC (PUBLIC CURATOR) v. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND

File No.: 24511.

1996: May 2; 1996: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Evidence — Class action — Applicable rules of evidence — Proof by presumptions of fact — Whether Code of Civil Procedure provisions relating to class actions have changed rules of evidence applicable in civil matters.

Damages — Moral prejudice — Evaluation — Role of functional approach in evaluating moral prejudice in Quebec civil law — Method of calculating moral damages.

Civil rights — Personal inviolability — Illegal strikes by employees of hospital for mentally disabled — Trial judge concluding that patients suffered prejudice in form of temporary discomfort — Whether there was interference with their right to personal inviolability — Meaning of "inviolability" — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 1.

Le Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand (C.S.N.), la Fédération des affaires sociales (C.S.N.) et la Confédération des syndicats nationaux (C.S.N.) *Appelants*

c.

Le Curateur public, M^e Rémi Lussier, et le Curateur public en la personne de dame Nicole Fontaine, ès qualités de curateur d'office à Honorine Abel *Intimés*

et

Le procureur général du Québec *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (CURATEUR PUBLIC) c. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND

N^o du greffe: 24511.

1996: 2 mai; 1996: 3 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Preuve — Recours collectif — Règles de preuve applicables — Preuve par présomptions de fait — Les dispositions du Code de procédure civile relatives aux recours collectifs ont-elles modifié les règles de preuve applicables en matière civile?

Domages-intérêts — Préjudice moral — Évaluation — Place de l'approche fonctionnelle dans l'évaluation du préjudice moral en droit civil québécois — Méthode de calcul des dommages moraux.

Libertés publiques — Intégrité de la personne — Grèves illégales des employés d'un centre hospitalier pour déficients mentaux — Juge de première instance concluant que les bénéficiaires ont subi un préjudice d'inconfort temporaire — Y a-t-il eu atteinte à leur droit à l'intégrité de la personne? — Sens du mot «intégrité» — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1.

Civil rights — Personal dignity — Illegal strikes by employees of hospital for mentally disabled — Trial judge concluding that patients suffered prejudice in form of temporary discomfort — Whether there was interference with their right to personal dignity — Meaning of “dignity” — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 4.

Civil rights — Personal dignity — Remedy — Exemplary damages — Illegal strikes by employees of hospital for mentally disabled — Trial judge concluding that patients suffered prejudice in form of temporary discomfort — Interference with patients' dignity — Whether exemplary damages should be awarded — Meaning of “unlawful and intentional interference” — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 4, 49.

The unionized employees of a hospital for the mentally disabled participated in illegal strikes. The Public Curator, acting on behalf of the patients in the hospital during the strikes, instituted a class action against the appellants. The trial judge concluded that the appellants had committed a civil fault by provoking, inciting or participating in the illegal strikes and that the patients had suffered prejudice. After an exhaustive review of the evidence, the judge concluded that the representative of the group covered by the class action had the necessary capacity to suffer moral prejudice and that she had suffered discomfort. With respect to the other members of the group, the judge noted that the evidence established that they had suffered substantially the same prejudice as the group's representative. The judge condemned the appellants to pay \$1,750, as compensatory damages, to each member of the group covered by the class action, with the exception of the patients in the transit unit and the medical-surgical unit. He declined, however, to award exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* since, in his view, the nature of the prejudice did not make this remedy available. The Court of Appeal affirmed the trial judge's decision with respect to compensatory damages. However, it ordered the appellants, jointly and severally, to pay \$200,000 to the patients as exemplary damages. The majority of the court concluded that the appellants had unlawfully interfered with the rights to inviolability and dignity guaranteed to the patients by ss. 1 and 4 of the *Charter* and that this interference had been intentional within the meaning of the second paragraph of s. 49.

Libertés publiques — Dignité de la personne — Grèves illégales des employés d'un centre hospitalier pour déficients mentaux — Juge de première instance concluant que les bénéficiaires ont subi un préjudice d'inconfort temporaire — Y a-t-il eu atteinte à leur droit à la dignité de la personne? — Sens du mot «dignité» — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 4.

Libertés publiques — Dignité de la personne — Réparation — Dommages exemplaires — Grèves illégales des employés d'un centre hospitalier pour déficients mentaux — Juge de première instance concluant que les bénéficiaires ont subi un préjudice d'inconfort temporaire — Atteinte à la dignité des bénéficiaires? — Y a-t-il lieu d'accorder des dommages exemplaires? — Sens de l'expression «atteinte illicite et intentionnelle» — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 4, 49.

Les employés syndiqués d'un centre hospitalier pour déficients mentaux ont pris part à des grèves illégales. Le curateur public, au nom des bénéficiaires hospitalisés lors des grèves, a exercé un recours collectif contre les appelants. Le juge de première instance a décidé que les appelants avaient commis une faute civile en déclenchant ou en encourageant les grèves illégales, ou encore en y participant, et que les bénéficiaires avaient subi un préjudice. Après un examen exhaustif de la preuve, le juge a conclu que la représentante du groupe visé par le recours collectif possédait la capacité nécessaire pour subir un préjudice moral et qu'elle avait souffert d'inconfort. Quant aux autres membres du groupe, le juge note que la preuve démontre qu'ils ont subi sensiblement le même préjudice que la représentante du groupe. Le juge condamne alors les appelants à verser 1 750 \$, à titre de dommages compensatoires, à chaque membre du groupe visé par le recours collectif, à l'exception des bénéficiaires de l'unité de transition et de l'unité médico-chirurgicale. Il refuse, toutefois, d'accorder des dommages exemplaires en vertu du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* puisqu'à son avis la nature du préjudice ne donnait pas ouverture à ce redressement. La Cour d'appel a confirmé la décision du premier juge relativement aux dommages compensatoires. Elle a cependant condamné les appelants, solidairement, à verser aux bénéficiaires 200 000 \$ à titre de dommages exemplaires. La cour, à la majorité, a conclu que les appelants ont porté atteinte, de façon illicite, aux droits à l'intégrité et à la dignité que les art. 1 et 4 de la *Charte* garantissent aux bénéficiaires, et que cette atteinte était intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Rules of evidence in class actions*

The provisions of Book Nine of the *Code of Civil Procedure* relating to class actions have not changed the rules of evidence in civil matters in Quebec. Like the other rules of evidence, proof by presumptions of fact, provided they are sufficiently serious, precise and concordant, is therefore applicable to this type of action. Moreover, art. 1241 *C.C.L.C.* does not change the rules of evidence in relation to class actions. This provision deals only with the consequence of the judgment on a class action in terms of the presumption of *res judicata*.

In this case, it cannot be concluded that the trial judge relied on the statutory provisions applicable to class actions to create a legal presumption of similarity in assessing the moral prejudice suffered by the patients. Rather, he sought to find an element of damage common to everyone, and only after reviewing the evidence as a whole did he find enough evidence to be able to infer that there were serious, precise and concordant presumptions that all the patients had at least suffered discomfort. Besides relying on presumptions of fact, he also took into account the evidence as a whole, including the testimony, *inter alia* that of expert witnesses, in reaching the conclusion that all the elements of civil liability (fault, prejudice and causal connection) had been established on the balance of probabilities. Since the trial judge committed no error of law and no error in the conclusions he drew from the evidence, the Court of Appeal was correct not to intervene.

(2) *Moral prejudice*

Quebec civil law supports the conception that the right to compensation for moral prejudice is not conditional on the victim's ability to profit or benefit from monetary compensation. This objective characterization of moral prejudice is more consistent with the fundamental principles of civil liability than the subjective conception. In Quebec, the primary function of the rules of civil liability is to compensate for prejudice. This objective requires that there be compensation for the loss suffered because of the wrongful conduct, regardless of whether the victim is capable of enjoying the substitute pleasures. In order to characterize the nature of the moral prejudice for purposes of compensation, the purely subjective conception thus has no place in the civil law, since the reason that damages may be recovered is not because the victim may benefit from them,

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *Règles de preuve en matière de recours collectif*

Les dispositions du livre neuvième du *Code de procédure civile* relatives aux recours collectifs n'ont pas modifié les règles de preuve en matière civile au Québec. Comme les autres règles de preuve, la preuve par présomptions de fait, à condition qu'elles soient suffisamment graves, précises et concordantes, est donc applicable à ce genre de recours. L'article 1241 *C.c.B.C.* ne modifie pas non plus les règles de preuve en matière de recours collectif. Cette disposition n'a trait qu'à la conséquence du jugement sur le recours collectif au niveau de la présomption de la chose jugée.

En l'espèce, il est faux de prétendre que le juge de première instance s'est autorisé des dispositions législatives applicables en matière de recours collectif pour créer une présomption légale de similarité quant au préjudice moral subi par les bénéficiaires. Il a plutôt recherché un élément de dommage commun à tous et ce n'est qu'après avoir revu l'ensemble de la preuve qu'il a trouvé suffisamment d'éléments pour en inférer qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes que tous les bénéficiaires avaient au moins souffert d'inconfort. En plus de s'appuyer sur des présomptions de fait, il a également tenu compte de l'ensemble de la preuve, y compris des témoignages, incluant ceux d'experts, pour en arriver à la conclusion que tous les éléments de la responsabilité civile (faute, préjudice et lien de causalité) avaient été démontrés par prépondérance de preuve. Puisque le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur dans les conclusions qu'il a tirées de la preuve, la Cour d'appel a eu raison de ne pas intervenir.

(2) *Le préjudice moral*

Le droit civil québécois appuie la conception voulant que le droit à la compensation du préjudice moral ne soit pas conditionnel à la capacité de la victime de profiter ou de bénéficier de la compensation monétaire. Cette caractérisation objective du préjudice moral s'accorde mieux avec les principes fondamentaux de la responsabilité civile que la conception subjective. Au Québec, la principale fonction du régime de responsabilité civile est de compenser le préjudice. Cet objectif commande l'indemnisation de la perte subie en raison du comportement fautif, peu importe que la victime soit en mesure de profiter des joies substituées. Pour caractériser la nature du préjudice moral pour fins d'indemnisation, la conception purement subjective n'a donc pas sa place en droit civil puisque les dommages sont recouvrables, non pas parce que la victime pourra en bénéficier, mais plu-

but rather because of the very fact that there is a moral prejudice. The victim's condition or capacity to perceive are irrelevant in relation to the right to compensation for the moral prejudice.

With respect to the evaluation of the moral prejudice, although the functional approach does not apply in Quebec civil law to the determination of the right to moral damages, it is nonetheless relevant, together with the conceptual and personal approaches, when it comes to the calculation of such damages. In Quebec civil law, these three approaches to calculating the amount necessary to compensate for moral prejudice apply jointly and thereby encourage a personalized evaluation of the moral prejudice. With respect to the calculation of compensation, the trial judge's decision was sound. He took into account a panoply of factors that included all of the conceptual, personal and functional approaches, and the quantum of the moral damages he awarded was the result of a meticulous examination of the evidence. Since the appellants did not demonstrate any error in this regard, the Court of Appeal rightly declined to intervene to vary the trial judgment with respect to this head of damages.

(3) *Exemplary damages*

The prejudice in the nature of temporary discomfort suffered by the hospital's patients, which the trial judge characterized as "minor psychological distress", does not amount to interference with the right to personal inviolability guaranteed by s. 1 of the *Charter*. The common meaning of the word "inviolability" suggests that the interference with that right must leave some marks, some sequelae which, while not necessarily physical or permanent, exceed a certain threshold. The interference must affect the victim's physical, psychological or emotional equilibrium in something more than a fleeting manner. The evidence does not establish in this case that the patients suffered any permanent prejudice giving rise to psychological or medical sequelae.

Although the discomfort suffered by the patients was transient, however, it constituted interference with the safeguard of their dignity, despite the fact that these patients might have had no sense of modesty. The right to the safeguard of personal dignity guaranteed in s. 4 of the *Charter* addresses interferences with the fundamental attributes of a human being which violate the respect to which every person is entitled. The right to personal dignity, unlike the concept of inviolability, does not require that there be permanent consequences in order

tôt en raison même de l'existence d'un préjudice moral. L'état ou la capacité de perception de la victime ne sont pas pertinents quant au droit à la compensation du préjudice moral.

En ce qui a trait à l'évaluation du préjudice moral, bien que l'approche fonctionnelle ne s'applique pas en droit civil québécois pour déterminer le droit à des dommages moraux, elle est néanmoins pertinente, de concert avec les approches conceptuelle et personnelle, en ce qui concerne le calcul de tels dommages. En droit civil québécois, ces trois méthodes de calcul du montant nécessaire pour compenser le préjudice moral s'appliquent conjointement, favorisant ainsi l'évaluation personnalisée du préjudice moral. Au niveau du calcul de l'indemnité, la décision du juge de première instance était bien fondée. Il a tenu compte d'une panoplie de facteurs qui relève à la fois de la méthode conceptuelle, personnelle et fonctionnelle et le montant des dommages moraux qu'il a accordé résulte d'une appréciation méticuleuse de la preuve. Puisque les appelants n'ont pas démontré d'erreur à cet égard, c'est donc à bon droit que la Cour d'appel n'est pas intervenue pour modifier le jugement de première instance quant à ce chef de dommages.

(3) *Dommages exemplaires*

Le préjudice d'inconfort temporaire, qualifié de «détresse psychologique mineure» par le juge de première instance, subi par les bénéficiaires du centre hospitalier ne constitue pas une atteinte au droit à l'intégrité de la personne garanti à l'art. 1 de la *Charte*. Le sens courant du mot «intégrité» laisse entendre que l'atteinte à ce droit doit laisser des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil. L'atteinte doit affecter de façon plus que passagère l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime. Or la preuve n'indique pas en l'espèce que les bénéficiaires ont subi un préjudice permanent, donnant lieu à des séquelles d'ordre psychologique ou médical.

Cependant, l'inconfort souffert par les bénéficiaires, bien que provisoire, constitue une atteinte à la sauvegarde de leur dignité en dépit du fait que ces patients pouvaient ne pas avoir de sentiment de pudeur. Le droit à la sauvegarde de la dignité de la personne garanti à l'art. 4 de la *Charte* vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit. Contrairement au concept d'intégrité, le droit à la dignité de la personne n'exige pas l'existence de conséquences définitives pour

for interference with that right to be found. In considering the situation of the mentally disabled, the nature of the care that is normally provided to them is of fundamental importance. The low level of awareness that some patients had of their environment may undoubtedly influence their own conception of dignity, but when dealing with a document such as the *Charter*, it is more important that we turn our attention to an objective appreciation of dignity and what that requires in terms of the necessary care and services. The numerous and varying inconveniences engendered by the illegal strikes not only constituted a moral prejudice under the general rules of civil liability, but also interfered with the right guaranteed by s. 4 of the *Charter*.

The second paragraph of s. 49 of the *Charter* provides that in case of unlawful and intentional interference with a right recognized by the *Charter*, a tribunal may condemn the person guilty of it to exemplary damages. There is unlawful interference with a right protected by the *Charter* where the infringement of that right results from wrongful conduct. A person's conduct will be characterized as wrongful if he or she violates a standard of conduct considered reasonable in the circumstances under the general law or, in the case of certain protected rights, a standard set out in the *Charter* itself. For unlawful interference to be characterized as intentional, the result of the wrongful conduct must be desired. There is thus unlawful and intentional interference within the meaning of the second paragraph of s. 49 when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause. This test is not as strict as specific intent, but it does go beyond simple negligence. In addition to being consistent with the wording of s. 49, this interpretation of the concept of "unlawful and intentional interference" is in keeping with the preventive and deterrent role of exemplary damages, which suggests that only conduct the consequences of which were either intended or known by the person who committed the unlawful interference, and which therefore could have been avoided, should be punished by an award of such damages. In this case, the Court of Appeal was correct in concluding that the interference with the right to personal dignity was "unlawful" since the prejudice suffered by the patients was caused by conduct in the nature of a fault within the meaning of art. 1053 *C.C.L.C.*, and "intentional" because those responsible for it intended the consequences of the fault they committed. The appellants

conclude qu'il y a eu violation. Quant à la situation des déficients mentaux, la nature des soins qui leur sont normalement prodigués revêt une importance fondamentale. La faible conscience que certains bénéficiaires avaient de leur environnement peut sans doute influencer la conception qu'eux-mêmes se font de la dignité, mais en présence d'un document comme la *Charte*, il est plus important de s'attarder à une appréciation objective de la dignité et de ses exigences quant aux soins et services requis. Les nombreux et divers inconvénients auxquels les grèves illégales ont donné lieu, non seulement constituaient un préjudice moral sous le régime général de responsabilité civile, mais portaient aussi atteinte au droit garanti par l'art. 4 de la *Charte*.

Le second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* prévoit qu'en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit reconnu par la *Charte*, un tribunal peut condamner son auteur à des dommages exemplaires. Il y a une atteinte illicite à un droit protégé par la *Charte* lorsque la violation de ce droit résulte d'un comportement fautif. Un comportement sera qualifié de fautif si son auteur transgresse une norme de conduite jugée raisonnable dans les circonstances selon le droit commun ou, comme c'est le cas pour certains droits protégés, une norme dictée par la *Charte* elle-même. Pour qu'une atteinte illicite soit qualifiée d'intentionnelle, il faut que le résultat du comportement fautif soit voulu. Il y a donc atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49 lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l'intention particulière mais dépasse la simple négligence. En plus d'être conforme au libellé de l'art. 49, cette interprétation de la notion d'«atteinte illicite et intentionnelle» est fidèle à la fonction préventive et dissuasive des dommages exemplaires qui suggère que seuls les comportements dont les conséquences sont voulues ou connues par l'auteur de l'atteinte illicite, et donc susceptibles d'être évitées, soient sanctionnés par l'octroi de tels dommages. En l'espèce, la Cour d'appel a correctement conclu que l'atteinte au droit à la dignité de la personne est «illicite» puisque le préjudice souffert par les bénéficiaires a été causé par un comportement fautif au sens de l'art. 1053 *C.c.B.C.*, et «intentionnelle» parce que l'auteur désirait les conséquences de son comportement fautif. Les appelants ont cautionné les grèves illégales et, selon l'ensemble de la preuve, les ont vraisemblablement orchestrées et encouragées. Les pressions que les appelants désiraient exercer sur l'employeur passaient

backed the illegal strikes and, apparently, on the evidence as a whole, orchestrated and incited them. The pressure that the appellants wanted to bring to bear on the employer inevitably involved disrupting the services and care normally provided to the hospital's patients, and necessarily involved intentional interference with their dignity.

Even where unlawful and intentional interference exists, the award and the quantum of exemplary damages remain discretionary. However, this discretion is not absolute. It is guided by various factors that have been developed by the courts and are now codified in art. 1621 *C.c.Q.* In this case, the Court of Appeal's decision to award exemplary damages is consistent with the established criteria. With respect to the calculation of the appropriate amount, since the Court of Appeal committed no error of principle, the quantum of the joint and several award of exemplary damages must be upheld. The punitive and deterrent function of exemplary damages does not prevent the appellants from being condemned jointly and severally to pay them.

Cases Cited

Referred to: *Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1987] R.J.Q. 2024; *Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord v. Massicotte*, [1988] R.R.A. 16; *Concorde (La), Cie d'assurances générales v. Doyon*, [1989] R.R.A. 52; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. City of Montreal*, [1980] 1 S.C.R. 740; *Royal Victoria Hospital v. Morrow*, [1974] S.C.R. 501; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629; *Giguère v. Grégoire*, [1973] C.S. 119; *Jim Russell International Racing Drivers School (Canada) Ltd. v. Hite*, [1986] R.J.Q. 1610; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, 1 D.L.R. (2d) 241; *Béliveau*

inévitablement par la perturbation des services et des soins normalement assurés aux bénéficiaires du centre hospitalier et, nécessairement, par une atteinte voulue à leur dignité.

Même en présence d'une atteinte illicite et intentionnelle, l'octroi et le montant des dommages exemplaires demeurent discrétionnaires. Cette discrétion n'est toutefois pas absolue. Elle est assujettie à divers facteurs élaborés par la jurisprudence, et maintenant codifiés à l'art. 1621 *C.c.Q.* En l'espèce, la décision de la Cour d'appel d'octroyer des dommages exemplaires est conforme aux critères établis. Quant au calcul du montant approprié, puisque la Cour d'appel n'a commis aucune erreur de principe, le quantum de la condamnation solidaire relatif aux dommages exemplaires doit être maintenu. La fonction punitive et dissuasive des dommages exemplaires n'empêche pas les appelants d'être condamnés solidairement à les payer.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452; *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1987] R.J.Q. 2024; *Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Massicotte*, [1988] R.R.A. 16; *Concorde (La), Cie d'assurances générales c. Doyon*, [1989] R.R.A. 52; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Ville de Montréal*, [1980] 1 R.C.S. 740; *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629; *Giguère c. Grégoire*, [1973] C.S. 119; *Jim Russell International Racing Drivers School (Canada) Ltd. c. Hite*, [1986] R.J.Q. 1610; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Béliveau St-Jacques c.*

St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 S.C.R. 345; *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, [1961] S.C.R. 201; *Dugal v. Procureur général du Québec*, [1979] C.S. 617, rev'd in part J.E. 82-1169; *Bouliane v. Commission scolaire de Charlesbourg*, [1984] C.S. 323, aff'd in part [1987] R.J.Q. 1490; *Canuel v. Sauvageau*, [1991] R.R.A. 18; *Gingras v. Robin*, J.E. 84-765; *Bolduc v. Lessard*, [1989] R.R.A. 350; *Drolet v. Parenteau*, [1991] R.J.Q. 2956, aff'd in part [1994] R.J.Q. 689; *Cortese v. Sept-Îles Hélicoptères Services Ltée*, [1983] R.L. 46; *Perron v. Société des établissements de plein air du Québec*, J.E. 90-721; *Marchand v. Champagne*, J.E. 92-429; *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494; *Institut Philippe Pinel de Montréal v. Dion*, [1983] C.S. 438; *Jobin v. Ambulance Ste-Catherine J.-C. Inc.*, [1992] R.J.Q. 56; *Proulx v. Viens*, [1994] R.J.Q. 1130; *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130; *Commission des droits de la personne du Québec v. Lemay*, [1995] R.J.Q. 1967; *Viau v. Syndicat canadien de la fonction publique*, [1991] R.R.A. 740; *Dubois v. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1983] C.A. 247; *Blanchet v. Corneau*, [1985] C.S. 299; *Scotia McLeod Inc. v. Champagne*, [1989] R.J.Q. 1845; *Desrosiers v. Groupe Québécois Inc.*, [1994] R.R.A. 111; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Commission des droits de la personne v. Coutu*, [1995] R.J.Q. 1628; *West Island Teachers' Association v. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569; *Augustus v. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, rev'd in part [1996] 3 S.C.R. 268; *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 64 U.S.L.W. 4335 (1996); *Samuelli v. Jouhannet*, [1994] R.J.Q. 152; *Roy v. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503; *Papadatos v. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2.
Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, s. 1.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 1 [repl. 1982, c. 61, s. 1], 4, 49.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1056c [ad. 1956-57, c. 16, s. 1; am. 1971, c. 85, s. 10; am. 1987, c. 98, s. 1], 1117, 1203, 1204, 1205, 1238, 1241 [am. 1978, c. 8, s. 47].
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1457, 1474, 1621, 2803, 2811, 2846, 2848, 2849, 2860.

Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345; *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201; *Dugal c. Procureur général du Québec*, [1979] C.S. 617, inf. en partie par J.E. 82-1169; *Bouliane c. Commission scolaire de Charlesbourg*, [1984] C.S. 323, conf. en partie par [1987] R.J.Q. 1490; *Canuel c. Sauvageau*, [1991] R.R.A. 18; *Gingras c. Robin*, J.E. 84-765; *Bolduc c. Lessard*, [1989] R.R.A. 350; *Drolet c. Parenteau*, [1991] R.J.Q. 2956, conf. en partie par [1994] R.J.Q. 689; *Cortese c. Sept-Îles Hélicoptères Services Ltée*, [1983] R.L. 46; *Perron c. Société des établissements de plein air du Québec*, J.E. 90-721; *Marchand c. Champagne*, J.E. 92-429; *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494; *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438; *Jobin c. Ambulance Ste-Catherine J.-C. Inc.*, [1992] R.J.Q. 56; *Proulx c. Viens*, [1994] R.J.Q. 1130; *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130; *Commission des droits de la personne du Québec c. Lemay*, [1995] R.J.Q. 1967; *Viau c. Syndicat canadien de la fonction publique*, [1991] R.R.A. 740; *Dubois c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1983] C.A. 247; *Blanchet c. Corneau*, [1985] C.S. 299; *Scotia McLeod Inc. c. Champagne*, [1989] R.J.Q. 1845; *Desrosiers c. Groupe Québécois Inc.*, [1994] R.R.A. 111; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Commission des droits de la personne c. Coutu*, [1995] R.J.Q. 1628; *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569; *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, inf. en partie par [1996] 3 R.C.S. 268; *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 64 U.S.L.W. 4335 (1996); *Samuelli c. Jouhannet*, [1994] R.J.Q. 152; *Roy c. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503; *Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 1 [rempl. 1982, ch. 61, art. 1], 4, 49.
Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1056c [aj. 1956-57, ch. 16, art. 1; mod. 1971, ch. 85, art. 10; mod. 1987, ch. 98, art. 1], 1117, 1203, 1204, 1205, 1238, 1241 [mod. 1978, ch. 8, art. 47].
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457, 1474, 1621, 2803, 2811, 2846, 2848, 2849, 2860.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46, 168(7), 1022, 1031, 1045.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 46, 168(7), 1022, 1031, 1045.
Public Curatorship Act, R.S.Q., c. C-80 [repl. 1989, c. 54, s. 198 (now R.S.Q., c. C-81)].
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
 Beaumier, Manon. "Le recours collectif au Québec et aux États-Unis" (1987), 18 *R.G.D.* 775.
 Brière de L'Isle, Georges. "La faute dolosive — tentative de clarification", D.1980.Chron.133.
 Chartier, Yves. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983.
 Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.
 Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
 Gardner, Daniel. *L'évaluation du préjudice corporel*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
 Josserand, Louis. *Cours de droit civil positif français*, t. II, 3^e éd. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939.
 Jutras, Daniel. "Pretium et précision" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 203.
 Le Roy, Max. *L'évaluation du préjudice corporel*, 12^e éd. Paris: Litec, 1993.
 Mazeaud, Léon et Henri, et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 2, 8^e éd. par François Chabas. Paris: Éditions Montchrestien, 1991.
 Ogus, A. I. "Damages for Lost Amenities: for a Foot, a Feeling or a Function?" (1972), 35 *Modern L. Rev.* 1.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Exemplary Damages*. Toronto: The Commission, 1991.
 Perret, Louis. "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec" (1981), 12 *R.G.D.* 121.
Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1989, "dignité", "intégrité".
 Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2^e éd. Paris: L.G.D.J., 1952.
 Roy, Pauline. "La difficile intégration du concept de dommages exemplaires en droit québécois", dans *Responsabilité civile et les dommages (en constante évolution)*. Toronto: Canadian Institute, 1990.

Déclaration universelle des droits de l'Homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948).
Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, ch. 61, art. 1.
Loi sur la curatelle publique, L.R.Q., ch. C-80 [repl. 1989, ch. 54, art. 198 (maintenant L.R.Q., ch. C-81)].
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
 Beaumier, Manon. «Le recours collectif au Québec et aux États-Unis» (1987), 18 *R.G.D.* 775.
 Brière de L'Isle, Georges. «La faute dolosive — tentative de clarification», D.1980.Chron.133.
 Chartier, Yves. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983.
 Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.
 Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
 Gardner, Daniel. *L'évaluation du préjudice corporel*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
 Josserand, Louis. *Cours de droit civil positif français*, t. II, 3^e éd. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939.
 Jutras, Daniel. «Pretium et précision» (1990), 69 *R. du B. can.* 203.
 Le Roy, Max. *L'évaluation du préjudice corporel*, 12^e éd. Paris: Litec, 1993.
 Mazeaud, Léon et Henri, et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 8^e éd. par François Chabas. Paris: Éditions Montchrestien, 1991.
 Ogus, A. I. «Damages for Lost Amenities: for a Foot, a Feeling or a Function?» (1972), 35 *Modern L. Rev.* 1.
 Ontario. Commission de la réforme du droit. *Report on Exemplary Damages*. Toronto: La Commission, 1991.
 Perret, Louis. «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981), 12 *R.G.D.* 121.
Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1989, «dignité», «intégrité».
 Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2^e éd. Paris: L.G.D.J., 1952.
 Roy, Pauline. «La difficile intégration du concept de dommages exemplaires en droit québécois», dans *Responsabilité civile et les dommages (en constante évolution)*. Toronto: Institut canadien, 1990.

Roy, Pauline. *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, 1995 (thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, Montréal).

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.

Starck, Boris. *Obligations*, vol. 1, 4^e éd. par Henri Roland et Laurent Boyer. Paris: Litec, 1991.

Viney, Geneviève. *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*. Paris: L.G.D.J., 1992.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf updated December 1995, release 4).

Wéry, André. "L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l'arbitraire?", [1986] R.R.A. 355.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 2761, 66 Q.A.C. 1, dismissing the appeal and allowing in part the cross-appeal from a judgment of the Superior Court, [1990] R.J.Q. 359. Appeal dismissed.

Clément Groleau and Thierry Bériault, for the appellants.

Denis Sauvé and Pierre Deschamps, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises a number of questions concerning the recovery of damages in respect of delictual liability in Quebec, in the context of a class action. More precisely, the issues are (1) what rules of evidence apply to the class action scheme instituted under Book Nine of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), (2) what role the functional approach plays in evaluating moral prejudice in Quebec civil law, and (3) what is meant by the expressions "inviolability", "dignity" and "intentional interference", as they appear in the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "*Charter*"), for the purposes of the exemplary damages contemplated by the *Charter*.

Roy, Pauline. *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, 1995 (thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, Montréal).

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.

Starck, Boris. *Obligations*, vol. 1, 4^e éd. par Henri Roland et Laurent Boyer. Paris: Litec, 1991.

Viney, Geneviève. *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*. Paris: L.G.D.J., 1992.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf updated December 1995, release 4).

Wéry, André. «L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l'arbitraire?», [1986] R.R.A. 355.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 2761, 66 Q.A.C. 1, qui a rejeté l'appel et accueilli en partie l'appel incident interjetés contre un jugement de la Cour supérieure, [1990] R.J.Q. 359. Pourvoi rejeté.

Clément Groleau et Thierry Bériault, pour les appelants.

Denis Sauvé et Pierre Deschamps, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève plusieurs questions concernant le recouvrement de dommages en matière de responsabilité délictuelle au Québec, et ce, dans le contexte d'un recours collectif. De façon plus précise, il s'agit de déterminer (1) quelles sont les règles de preuve applicables au régime de recours collectif instauré en vertu du livre neuvième du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 («C.p.c.»), (2) quelle est la place de l'approche fonctionnelle dans l'évaluation du préjudice moral en droit civil québécois, et (3) ce qu'il faut entendre par les expressions «intégrité», «dignité» et «atteinte intentionnelle», telles qu'elles se retrouvent à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la «*Charte*»), aux fins des dommages exemplaires y prévus.

2 As a preliminary matter, I shall reproduce the relevant statutory provisions and review the facts and judgments.

I. Applicable Statutory Provisions

3 The provisions that are relevant to the question of the rules of evidence that apply to class actions are, first, arts. 1205, 1238 and 1241 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."), which provide:

1205. Proof may be made by writings, by testimony, by presumptions, by the confession of the party or by his oath, according to the rules declared in this chapter and in the manner provided in the Code of Civil Procedure.

1238. Presumptions are either established by law or arise from facts which are left to the discretion of the courts.

1241. The authority of a final judgment (*res judicata*) is a presumption *juris et de jure*; it applies only to that which has been the object of the judgment, and when the demand is founded on the same cause, is between the same parties acting in the same qualities, and is for the same thing as in the action adjudged upon.

In the case of a class action provided for by Book Nine of the Code of Civil Procedure, the judgment deciding questions of law or of fact dealt with collectively has authority as *res judicata* between the parties and all members of the group who have not requested exclusion from the group.

These provisions must be analysed in the light of arts. 1031 and 1045 *C.C.P.*, in the section on class actions, which read as follows:

1031. The court orders collective recovery if the evidence produced enables the establishment with sufficient accuracy of the total amount of the claims of the members; it then determines the amount owed by the debtor even if the identity of each of the members or the exact amount of their claims is not established.

1045. The court may, at any stage of the proceedings in a class action, prescribe measures designed to hasten their progress and to simplify the proof, if they do not prejudice a party or the members; it may also order the publication of a notice to the members when it considers it necessary for the preservation of their rights.

Préliminairement, il y a lieu de reproduire les dispositions législatives pertinentes et de faire une revue des faits et des jugements.

I. Les dispositions législatives applicables

Les dispositions pertinentes quant à la question des règles de preuve applicables en matière de recours collectif sont d'abord les art. 1205, 1238 et 1241 du *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.»), qui prévoient:

1205. La preuve peut être faite par écrit, par témoins, par présomptions, par l'aveu de la partie ou par son serment, suivant les règles énoncées dans ce chapitre et en la manière indiquée dans le Code de procédure civile.

1238. Les présomptions sont établies par la loi, ou résultent de faits qui sont laissés à l'appréciation du tribunal.

1241. L'autorité de la chose jugée (*res judicata*) est une présomption *juris et de jure*; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, et lorsque la demande est fondée sur la même cause, est entre les mêmes parties agissant dans les mêmes qualités, et pour la même chose que dans l'instance jugée.

Dans le cas du recours collectif prévu par le livre neuvième du Code de procédure civile, le jugement qui décide des questions de droit ou de fait traitées collectivement a l'autorité de la chose jugée entre les parties et les membres du groupe qui ne s'en sont pas exclus.

Celles-ci doivent être analysées au regard des art. 1031 et 1045 *C.p.c.*, au livre des recours collectifs, qui se lisent comme suit:

1031. Le tribunal ordonne le recouvrement collectif si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres; il détermine alors le montant dû par le débiteur même si l'identité de chacun des membres ou le montant exact de leur réclamation n'est pas établi.

1045. Le tribunal peut, en tout temps au cours de la procédure relative à un recours collectif, prescrire des mesures susceptibles d'accélérer son déroulement et de simplifier la preuve si elles ne portent pas préjudice à une partie ou aux membres; il peut également ordonner la publication d'un avis aux membres lorsqu'il l'estime nécessaire pour la préservation de leurs droits.

The issue of exemplary damages brings in ss. 1, 4 and 49 of the *Charter*, which read as follows:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

II. Factual Background

The events that gave rise to this class action occurred in October and November 1984. The Hôpital St-Julien (the "Hospital"), a hospital centre for the mentally disabled located in the village of St-Ferdinand d'Halifax, employed 700 unionized persons who were members of the appellant Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand (the "Union"), which is affiliated with the Confederation of National Trade Unions ("CNTU") and the Fédération des affaires sociales ("FAS"). As a way of putting pressure on their employer to prevent it from proceeding with a staff reorganization, the Hospital employees participated in illegal strikes which lasted a total of 33 days.

As a result of these walkouts, the 703 patients in the Hospital were deprived of certain care and services normally provided by the employees. The patients were divided into 20 care units, including nursing units, psycho-geriatric units, a transit unit and a medical-surgical unit. About 650 of them were represented by the Public Curator, in the exercise of his duties under the *Public Curatorship Act*, R.S.Q., c. C-80.

On January 10, 1986, the Public Curator, in his capacity as the trustee of Honorine Abel, one of

La question relative aux dommages exemplaires met en cause les art. 1, 4 et 49 de la *Charte*, qui sont ainsi libellés:

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

II. Le contexte factuel

Les événements ayant donné lieu au présent recours collectif sont survenus en octobre et novembre 1984. L'hôpital St-Julien («l'Hôpital»), un centre hospitalier pour déficients mentaux situé dans le village de St-Ferdinand d'Halifax, employait 700 personnes syndiquées, membres de l'appelant Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand (le «Syndicat»), affilié à la Confédération des syndicats nationaux («CSN») et à la Fédération des affaires sociales («FAS»). En guise de moyen de pression visant à empêcher leur employeur de procéder à une réorganisation du personnel, les employés de l'Hôpital ont pris part à des grèves illégales qui ont duré 33 jours en tout.

En conséquence de ces débrayages, les 703 bénéficiaires de l'Hôpital ont été privés de certains soins et services normalement dispensés par les employés. Ces bénéficiaires étaient répartis sur 20 unités de soins, comprenant des unités d'infirmierie, des unités psycho-gériatriques, une unité de transition et une unité médico-chirurgicale. Environ 650 d'entre eux étaient représentés d'office par le curateur public selon la *Loi sur la curatelle publique*, L.R.Q., ch. C-80.

Le 10 janvier 1986, le curateur public, ès qualités de curateur d'office à Honorine Abel, l'une

4

5

6

7

the patients in the Hospital at the time of the strikes, was authorized by the Superior Court to institute a class action against the Union on behalf of all the patients of the Hospital, for [TRANSLATION] "all natural persons and/or patients and/or chronically ill persons registered or admitted as patients on October 10, 11, 12, 13 and 14, 1984, and from October 15 to November 15, 1984, at the centre hospitalier St-Julien". Proceedings were brought against the appellants CNTU and FAS because of their participation in and incitement of the illegal work stoppages.

des bénéficiaires hospitalisés lors des grèves, a été autorisé par la Cour supérieure à exercer, au nom de tous les bénéficiaires de l'Hôpital, un recours collectif contre le Syndicat pour «[t]outes les personnes physiques et/ou patients et/ou malades chroniques inscrits ou admis ou enregistrés à titre de bénéficiaires, les 10, 11, 12, 13 et 14 octobre 1984, de même que du 15 octobre 1984 au 15 novembre 1984, au centre hospitalier St-Julien». Les appelantes CSN et FAS ont été poursuivies en raison de leur participation et encouragement aux arrêts de travail illégaux.

⁸ The relief claimed specified that the respondent was seeking \$300 per day as compensatory damages for each of the 703 patients, which damages were caused by the loss of access to the care and services normally provided, this being an interference with their right to security, inviolability and dignity (for a total of \$6,959,700). In addition, the respondent claimed \$150 per day for each patient as exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, contending that the interference with their rights was unlawful and intentional within the meaning of that paragraph (for a total of \$3,479,850).

Les conclusions de la demande précisent que l'intimé recherche 300 \$ par jour à titre de dommages compensatoires pour chacun des 703 bénéficiaires, dommages causés par la perte de disponibilité des soins et services normalement dispensés constituant une atteinte à leurs droits à la sûreté, à l'intégrité et à la dignité (pour un total de 6 959 700 \$). L'intimé réclame, de plus, 150 \$ par jour pour chaque bénéficiaire à titre de dommages exemplaires en vertu du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, alléguant que l'atteinte à leurs droits était illicite et intentionnelle au sens de cet alinéa (pour un total de 3 479 850 \$).

III. Judgments

III. Les jugements

Superior Court

La Cour supérieure

⁹ Lesage J. of the Superior Court of Quebec, District of Frontenac, disposed of all the interlocutory motions from the time the claim was commenced. On February 26, 1987, he allowed a motion for particulars in part (art. 168(7) *C.C.P.*), but denied the portion of the application relating to the health of the patients, as noted in their medical records. On August 5, 1987, the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal brought by the appellants from that decision, and on January 25, 1988 this Court dismissed the application for leave to appeal, [1988] 1 S.C.R. xiv. On June 17, 1988, the trial judge made an order striking out allegation 24 from the defences, which had relied on art. 1022 *C.C.P.* in seeking to have the judgment authorizing the instituting of the class action set aside.

Le juge Lesage de la Cour supérieure du Québec, district de Frontenac, a disposé de toutes les requêtes interlocutoires depuis l'institution de la demande. Le 26 février 1987, il accueillait en partie une requête pour précisions (par. 168(7) *C.p.c.*), refusant toutefois cette partie de la demande relative à la condition des bénéficiaires telle que notée à leur dossier médical. Le 5 août 1987, la Cour d'appel du Québec rejetait l'appel logé par les appelants à l'encontre de cette décision et, le 25 janvier 1988, notre Cour refusait la demande d'autorisation de pourvoi, [1988] 1 R.C.S. xiv. Le 17 juin 1988, le juge du procès émettait une ordonnance de radiation de l'allégué 24 des défenses qui, s'autorisant de l'art. 1022 *C.p.c.*, réclamait l'annulation du jugement permettant l'exercice du recours collectif.

By final judgment dated December 6, 1989, [1990] R.J.Q. 359, Lesage J. allowed the respondent's action in part. He dealt first with the appellants' objection under art. 1022 C.C.P., which he rejected. He then examined the evidence relating to the fault committed by the appellants. He concluded that the appellants had committed a civil fault by provoking, participating in or inciting the events of October and November 1984. These two aspects of the trial judgment were not challenged in this Court; the sole question in respect of the appellants' civil liability relates to the prejudice.

The evidence establishing that the patients of the Hospital suffered prejudice as a result of the work stoppages included, *inter alia*, the testimony of the people who replaced the striking employees and of expert witnesses. Because of their mental disabilities, none of the patients was able to testify. The evidence before the trial judge related mainly to the care usually provided at the Hospital in comparison to the care received during the illegal strikes.

After an exhaustive review of the evidence, the judge concluded, first, that the representative, Honorine Abel, had the necessary capacity to suffer moral prejudice, and second, that she did in fact suffer not insecurity, but discomfort, that is, [TRANSLATION] "a feeling perceived by an individual who is subjected to conditions that interfere with his or her physical or psychological welfare" (p. 390).

With respect to the other members of the group covered by the class action, the judge commented, first, that in class actions the evidence must be analysed in order to determine whether all the members had suffered substantially the same prejudice as the representative. In his view, although the evidence was insufficient to show that the disruption of the care and services caused serious psychological trauma to the patients, it nonetheless established that there was discomfort, including frustration, which the judge characterized as minor psychological distress. However, he

Par jugement final en date du 6 décembre 1989, [1990] R.J.Q. 359, le juge Lesage accueille en partie l'action de l'intimé. Il traite d'abord de l'objection des appelants fondée sur l'art. 1022 C.p.c. et la rejette. Il se penche ensuite sur la preuve relative au comportement fautif des appelants. Il conclut que les appelants ont commis une faute civile en déclenchant, participant ou encourageant les événements d'octobre et novembre 1984. Ces deux aspects du jugement de première instance ne sont pas contestés devant nous; l'unique question quant à la responsabilité civile des appelants a trait au préjudice.

La preuve démontrant que les bénéficiaires de l'Hôpital ont souffert d'un préjudice par suite des arrêts de travail comprend, entre autres, le témoignage des personnes qui ont remplacé les employés en grève ainsi que celui de témoins experts. En raison de leur déficience mentale, aucun des bénéficiaires n'a pu témoigner. Les principaux éléments de preuve devant le juge de première instance ont trait aux soins usuellement dispensés à l'Hôpital par rapport à ceux reçus pendant les grèves illégales.

Après un examen exhaustif de la preuve, le juge conclut, d'une part, que la représentante Honorine Abel possédait la capacité nécessaire pour subir un préjudice moral et, d'autre part, qu'elle a de fait souffert, non pas d'insécurité, mais d'inconfort, c'est-à-dire d'une «sensation perçue par l'individu qui est soumis à des conditions qui interfèrent avec son bien-être physique ou psychologique» (p. 390).

Quant aux autres membres du groupe visés par le recours collectif, le juge remarque, tout d'abord, qu'en matière de recours collectif, il faut analyser la preuve afin de déterminer si tous les membres ont subi sensiblement le même préjudice que le représentant. Selon lui, même si la preuve n'était pas suffisante pour démontrer que la perturbation des soins et services a causé des traumatismes psychologiques sérieux aux bénéficiaires, elle établissait néanmoins qu'il y a eu inconfort, y compris de la frustration, que le juge qualifie de détresse psychologique mineure. Il en exclut, cependant, les

10

11

12

13

excluded patients who were admitted to the transition unit and the medical-surgical unit from the class.

bénéficiaires inscrits à l'unité de transition et à l'unité médico-chirurgicale.

14 Lastly, the trial judge declined to award exemplary damages under the *Charter* since in his view that remedy was not available, having regard to the nature of the prejudice. In addition, he found that personal security, a right that is protected by s. 1 of the *Charter*, had not been violated in this instance since the security involves a physical, and not a moral, dimension. Moreover, he found that the patients suffered no interference with their dignity, within the meaning of s. 4 of the *Charter*, since in his eyes the mentally disabled persons in question had no sense of modesty.

Enfin, le premier juge refuse d'accorder des dommages exemplaires en vertu de la *Charte* puisque, à son avis, la nature du préjudice ne donne pas ouverture à ce redressement. D'autre part, il estime que la sûreté de la personne, droit protégé par l'art. 1 de la *Charte*, n'aurait pas été violée en l'instance puisqu'elle ne comporte qu'une dimension physique et non morale. De plus, les bénéficiaires n'auraient pas subi d'atteinte à leur dignité, au sens de l'art. 4 de la *Charte*, puisque, à ses yeux, les déficients mentaux en question n'avaient pas de sentiment de pudeur.

15 The judge allowed the respondent's action in part and condemned the appellants, jointly and severally, to pay the sum of \$1,750 as compensatory damages to each member of the group covered by the class action, with the exception of the patients in the transit unit and the medical-surgical unit.

Le juge accueille en partie l'action de l'intimé et condamne les appelants, solidairement, à verser une somme de 1 750 \$, à titre de dommages compensatoires, à chaque membre du groupe visé par le recours collectif, à l'exception des bénéficiaires de l'unité de transition et de l'unité médico-chirurgicale.

Court of Appeal (Nichols, Tourigny and Fish JJ.A.)

La Cour d'appel (les juges Nichols, Tourigny et Fish)

16 The appellants appealed that judgment and the respondent filed a cross-appeal. The appellants' main argument was that the Superior Court had erred in declining to review the judgment authorizing the instituting of the class action (a question not before this Court), in wrongly applying the rules of evidence relating to prejudice and in awarding excessive damages, having regard to the evidence presented. In his cross-appeal, the respondent challenged the dismissal of the claim as it related to the members of the group admitted to the transit unit and the medical-surgical unit (a question also not before this Court) and the refusal to award exemplary damages under the *Charter*.

Les appelants ont interjeté appel de ce jugement et l'intimé a formé un appel incident. Les appelants alléguaient principalement que la Cour supérieure avait erré en refusant de réviser le jugement autorisant l'exercice du recours collectif (question qui n'est pas devant nous), en appliquant erronément les règles de preuve relatives au préjudice et en accordant des dommages exagérés compte tenu de la preuve présentée. L'intimé, par son appel incident, contestait le rejet de la demande à l'égard des membres du groupe inscrits à l'unité de transition et à l'unité médico-chirurgicale (question qui n'est pas non plus devant nous) ainsi que le refus d'accorder des dommages exemplaires en vertu de la *Charte*.

17 On March 1, 1990, the Court of Appeal dismissed the appellants' application to join the Attorney General of Quebec in order to challenge

Le 1^{er} mars 1990, la Cour d'appel rejetait la requête des appelants pour mise en cause du procureur général du Québec afin de soulever l'inconsti-

the constitutionality of the provisions of the *Code of Civil Procedure* concerning the class action procedure.

On the merits, in a judgment rendered on October 17, 1994, [1994] R.J.Q. 2761, the Court of Appeal dismissed the main appeal and, by a majority, allowed the cross-appeal relating to exemplary damages.

The appellants argued, first, that the trial judge, relying on the provisions that apply to class actions, changed the rules of evidence in order to evaluate the prejudice suffered, in that, in their view, he created a legal presumption of similarity of prejudice for the benefit of the members of the group. The court rejected that argument and stated rather that the trial judge had used the mechanism of the presumption of fact, a method of proof permitted in a civil action.

Furthermore, the majority of the court was of the opinion that the provisions relating specifically to class actions had not changed the rules of evidence, and therefore that they applied to such an action in the same manner as in any civil action. Nichols J.A., who was in the minority on this point, found that the rules of evidence in class actions differ substantially from the rules that are ordinarily applicable. The source of that change, in his view, may be found in art. 1241 *C.C.L.C.*, which provides that questions of law and of fact may be dealt with collectively for the purposes of class actions. According to his approach, once prejudice to the members of the group is established with certainty, it is not necessary to rely on sufficiently serious, precise and concordant presumptions in order to reach the result at which the trial judge arrived.

With respect to the assessment of the evidence, the court dismissed the argument that the testimony of the patients themselves was essential to establish the existence of the moral prejudice of discomfort. The court was of the opinion that there was more than sufficient evidence to establish that all of the patients of the Hospital were deprived of

tutionnalité des dispositions du *Code de procédure civile* concernant la procédure de recours collectif.

Sur le fond, dans un arrêt rendu le 17 octobre 1994, [1994] R.J.Q. 2761, la Cour d'appel rejette l'appel principal et accueille, à la majorité, l'appel incident relatif aux dommages exemplaires.

Les appelants prétendaient, tout d'abord, que le juge du procès, s'autorisant des dispositions applicables en matière de recours collectif, a modifié les règles de preuve pour évaluer le préjudice subi, en ce qu'il a créé, selon eux, une présomption légale de similarité du préjudice au bénéfice des membres du groupe. La cour rejette cet argument et se dit d'avis que le premier juge s'est plutôt servi du mécanisme de présomptions de fait, moyen de preuve permis dans le cadre d'un recours en matière civile.

Par ailleurs, la cour, à la majorité, est d'avis que les dispositions spécifiques au recours collectif n'ont pas modifié les règles de preuve de sorte qu'elles s'appliquent à ce recours comme à tout autre recours de nature civile. Le juge Nichols, minoritaire sur ce point, estime qu'en matière de recours collectif les règles de preuve diffèrent substantiellement de celles ordinairement applicables. La source de cette modification résiderait dans l'art. 1241 *C.c.B.C.*, prévoyant que les questions de droit et de fait peuvent être traitées collectivement aux fins des recours collectifs. Suivant son approche, une fois établie l'existence d'un préjudice certain à l'égard des membres du groupe, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour parvenir au résultat auquel le juge du procès en est arrivé.

Quant à l'appréciation de la preuve, la cour refuse de donner suite à l'argument voulant que seul le témoignage des bénéficiaires pouvait établir l'existence du préjudice moral d'inconfort. Elle est d'avis que la preuve démontre avec surabondance que l'ensemble des bénéficiaires de l'Hôpital ont été privés des soins et services que nécessitait leur

18

19

20

21

the care and services made necessary by their particular situation, which constitutes a prejudice which is foreseeable and certain.

état particulier, ce qui constitue un préjudice prévisible et certain.

22 Second, the appellants argued that the amounts awarded as compensation by the trial judge were excessive since, for one thing, the patients of the Hospital were never aware of the work stoppage, and for another, the compensation would serve no purpose in that the patients are incapable of taking any satisfaction from that compensation. The court noted, first, that the trial judge had properly assessed the evidence in that the inconvenience experienced by the patients left no permanent sequelae, their prejudice being strictly non-pecuniary, that is, moral, in nature.

Dans un deuxième temps, les appelants soutenaient que les montants octroyés à titre compensatoire par le juge du procès étaient exagérés puisque, d'une part, les bénéficiaires de l'Hôpital n'ont jamais eu conscience de l'arrêt de travail et, d'autre part, les indemnités n'auront aucune utilité car les bénéficiaires sont incapables d'en éprouver satisfaction. La cour remarque tout d'abord que le premier juge a correctement évalué la preuve en ce que les inconvénients vécus par les bénéficiaires n'ont pas laissé de séquelles permanentes, leur préjudice étant strictement à caractère non pécuniaire, c'est-à-dire moral.

23 On the question of the evaluation of the moral prejudice, the court rejected the approach suggested which, in its view, was based on what is called the functional approach, a common law concept incompatible with the fundamental principles of the civil law. The court was of the opinion that, in civil law, compensation is owed not to secure substitute pleasures for the victim, but rather to make up for the objective loss suffered by the victim.

Sur la question de l'évaluation du préjudice moral, la cour rejette l'approche suggérée qui, à son avis, fait appel à la thèse dite fonctionnelle, notion de common law incompatible avec les principes fondamentaux de droit civil. Elle est d'avis que, selon le droit civil, la compensation est due non pas pour procurer à la victime des joies substitutées, mais bien pour combler la perte objective subie par la victime.

24 In terms of the calculation of moral damages, the court found that the trial judge did not err in law and that, while the amount of the compensation awarded was high, it was not patently disproportionate or unreasonable. Thus, the Court of Appeal upheld the quantum of compensatory damages as determined at trial.

En ce qui concerne le calcul des dommages moraux, la cour estime que le premier juge n'a pas fait d'erreur de droit et que le montant de l'indemnité accordé, quoique élevé, n'est pas manifestement disproportionné ou déraisonnable. La Cour d'appel maintient donc le quantum des dommages compensatoires tel qu'évalué en première instance.

25 Next, addressing the cross-appeal, which related to the exemplary damages contemplated in the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, the court was of the opinion that the trial judge erred in interpreting the relevant provisions of the *Charter*. First, the court noted that on reading the reasons of the trial judge, his refusal to award exemplary damages was not an exercise of his discretion; rather, his refusal resulted from an error of law in that the trial judge was of the opinion that the exemplary remedy was not available, having regard to the nature of the prejudice. The majority

Abordant ensuite l'appel incident, qui a trait aux dommages exemplaires prévus au deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, la cour est d'avis que le juge du procès a erré dans l'interprétation des dispositions pertinentes de la *Charte*. Elle remarque, tout d'abord, qu'à la lecture des motifs du premier juge, ce n'est pas dans l'exercice de sa discrétion qu'il a refusé d'octroyer des dommages exemplaires; son refus tient plutôt d'une erreur de droit en ce que le premier juge a été d'avis que la nature du préjudice ne donnait pas ouverture au redressement de nature exemplaire. La majorité de la Cour

of the Court of Appeal, for its part, held that the disruption of the care and services that were necessary to the patients constituted interference with the rights to inviolability and dignity guaranteed to them by ss. 1 and 4 of the *Charter*. Tourigny J.A. dissented, not on the principle in issue, but on the question of whether there had been interference with a right guaranteed by the *Charter* in the circumstances of the case.

With respect to the intentional nature of the interference with a protected right, under the provisions of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, the majority of the Court of Appeal first examined that Court's own decisions on this point and also the case law of the common law provinces and of the United States. The majority was of the opinion that [TRANSLATION] "[i]n order for the interference to be intentional, it must have been committed in circumstances that indicate a determined intent to cause the damage resulting from the violation. The conduct of the person who commits the prejudicial act must have been wilful, knowing and deliberate" (p. 2804). In this instance, the appellants allegedly engaged in malicious conduct, exhibited [TRANSLATION] "knowing indifference" and adopted an attitude absolutely contrary to the ordinary standards of morality and decency. In the opinion of Tourigny J.A., even were it to be admitted that there had been interference with a protected right, that interference did not have the intentional character required by the second paragraph of s. 49 of the *Charter*.

Having concluded that the interference with the protected rights of the Hospital's patients was intentional, the court, by a majority, allowed the cross-appeal and ordered the appellants, jointly and severally, to pay the sum of \$200,000 to the patients of the Hospital as exemplary damages.

IV. Analysis

This case raises important questions which must be analysed in the specific context of the Quebec civil law system, as Beetz J. noted in *Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452, at p. 468, a case which also dealt with the principles of civil liability. As I mentioned at the outset, these ques-

d'appel estime, pour sa part, que la perturbation des soins et services nécessaires aux bénéficiaires constitue une atteinte à leurs droits à l'intégrité et à la dignité garantis aux art. 1 et 4 de la *Charte*. Madame le juge Tourigny est dissidente, non pas sur le principe en jeu, mais sur l'existence d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte* dans les circonstances de l'espèce.

Pour ce qui est du caractère intentionnel de l'atteinte à un droit garanti, aux termes du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, la majorité de la Cour d'appel examine d'abord ses propres arrêts à ce sujet de même que la jurisprudence des provinces de common law et celle des États-Unis. Elle est d'avis que «[p]our être intentionnelle, il faut que l'atteinte soit commise dans des circonstances qui indiquent une volonté déterminée de causer le dommage résultant de la violation. Il faut que la conduite de l'auteur de l'acte dommageable soit voulue, consciente et délibérée» (p. 2804). Ici, les appelants auraient affiché un comportement malicieux, fait preuve d'«indifférence consciente», adopté une attitude absolument contraire aux normes ordinaires de moralité et de décence. Madame le juge Tourigny, quant à elle, estime que, même en admettant qu'il y ait eu atteinte à un droit garanti, celle-ci ne revêt pas le caractère intentionnel exigé par le second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*.

Ayant conclu que l'atteinte aux droits garantis des bénéficiaires de l'Hôpital était intentionnelle, la cour, à la majorité, accueille l'appel incident et condamne les appelants, solidairement, à verser aux bénéficiaires de l'Hôpital la somme de 200 000 \$ à titre de dommages exemplaires.

IV. Analyse

Cette affaire soulève d'importantes questions qui doivent être analysées dans le contexte particulier du régime de droit civil du Québec, comme le rappelait le juge Beetz dans *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452, à la p. 468, une affaire touchant également les principes de la res-

26

27

28

tions relate to (1) the rules of evidence that apply to class actions, (2) the evaluation of moral prejudice, and (3) the awarding of exemplary damages under the *Charter*.

A. Rules of Evidence in Class Actions

29 The appellants contend that, although the legislator did not change the ordinary rules of evidence in adopting the chapter relating to class actions, under the statutory provisions that apply to class actions there can be no reliance on, *inter alia*, a presumption of similarity with respect to the prejudice suffered by the patients. They further argue that the evidence, and, in particular, the proof by presumptions of fact on which they suggest the trial judge based his findings, does not establish that the patients of the Hospital experienced the prejudice of discomfort.

30 Although the appellants' objection relates primarily to proof by presumptions, it indirectly raises the issue of the application of the general rules of civil evidence to class actions; I will dispose of this issue first, and then discuss proof by presumptions as well as the assessment of the evidence in the case at bar.

(1) Rules of Evidence and Class Actions

31 The basic principle of evidence in civil matters is that the party who wishes to exercise a right has the burden of proving the facts which support his or her claim: art. 1203 *C.C.L.C.* (then in force (now art. 2803 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q.")) provides that "[t]he party who claims the performance of an obligation must prove it". In an action in civil liability such as the case at bar, the plaintiff must prove a fault, a prejudice and a causal connection, on the balance of probabilities. A plaintiff may use several methods of proof, which are listed in art. 1205 *C.C.L.C.*: writings, testimony, presumptions and confessions. (The *Civil Code of Québec* reiterates

ponsabilité civile. Comme je l'ai mentionné au départ, ces questions touchent (1) aux règles de preuve applicables au recours collectif, (2) à l'évaluation du préjudice moral, et (3) à l'octroi de dommages exemplaires aux termes de la *Charte*.

A. Les règles de preuve en matière de recours collectif

Les appelants soutiennent que même si, en adoptant le chapitre relatif aux recours collectifs, le législateur n'a pas modifié les règles ordinaires de preuve, les dispositions législatives applicables aux recours collectifs ne permettent pas de s'appuyer, entre autres, sur une présomption de similarité quant au préjudice subi par les bénéficiaires. Ils prétendent, en outre, que la preuve, en particulier la preuve par présomptions de fait sur laquelle le premier juge se serait appuyé, ne démontre pas l'existence d'un préjudice d'inconfort chez les bénéficiaires de l'Hôpital.

Même si l'objection des appelants porte principalement sur le moyen de preuve par présomptions, elle met indirectement en cause l'application au recours collectif des règles générales de preuve civile, question dont il y a lieu de disposer dans un premier temps, pour ensuite discuter de la preuve par présomptions et de l'appréciation de la preuve en l'espèce.

(1) Les règles de preuve et le recours collectif

Le principe de base en matière de preuve civile veut que celui qui désire faire valoir un droit ait le fardeau de prouver les faits à l'appui de sa prétention; l'art. 1203 *C.c.B.C.* (alors en vigueur (maintenant l'art. 2803 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 («C.c.Q.»)) prévoit, en effet, que «[c]elui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver». Dans une action en responsabilité civile, comme en l'espèce, le demandeur doit faire la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité, selon la balance des probabilités. La partie demanderesse dispose de plusieurs moyens de preuve que l'art. 1205 *C.c.B.C.* énumère: l'écrit, le témoignage, la présomption et l'aveu. (Le *Code*

these methods in art. 2811 and adds proof by production of material things.)

These general rules of evidence are applicable to any civil law action in Quebec and to actions under statutory law of a civil nature, unless otherwise provided or indicated. There is no indication in the *Code of Civil Procedure* that the ordinary rules of civil proof do not apply to class actions. On the other hand, by their very nature, class actions invite procedural rules that are unique to such actions. These rules are set out in Book Nine of the *Code of Civil Procedure*, entitled "Class Action". Those provisions certainly do not create new rules of evidence; rather, they adapt to class actions the methods by which a right, which previously could be claimed only by each person entitled to it, may be exercised (see D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (2nd ed. 1994), vol. 2, at p. 644; and M. Beaumier, "Le recours collectif au Québec et aux États-Unis" (1987), 18 *R.G.D.* 775, at p. 781).

Thus, in the context of an action in civil liability brought in the form of a class action, the elements of fault, prejudice and causal connection must be established in respect of the members of the group, by the normal evidentiary rules (see J.-C. Royer, *La preuve civile* (2nd ed. 1995), at p. 514).

For his part, Nichols J.A. suggested that the rules of evidence in respect of class actions had been changed in that, in his view, the second paragraph of art. 1241 *C.C.L.C.* created an exceptional method of proof which was not contemplated by the traditional civil law. He was of the opinion that, in view of the power to deal collectively with the questions of fact and law for which that article makes provision, the plaintiffs in a class action would not have to prove the individual prejudice suffered by each of the members of the group; it would only have to be established, having regard to the evidence as a whole, that there was a common prejudice.

civil du Québec, à l'art. 2811, reprend ces moyens et y ajoute la preuve par présentation d'un élément matériel.)

Ces règles générales de preuve sont applicables à tout recours de droit civil au Québec ainsi qu'aux recours en vertu du droit statutaire de nature civile, à moins de disposition ou mention au contraire. Or, nulle part n'est-il fait mention au *Code de procédure civile* que les règles ordinaires de preuve civile ne s'appliquent pas en matière de recours collectif. Par ailleurs, de par sa nature, le recours collectif invite des règles procédurales qui lui soient particulières. Ces règles sont exposées au livre neuvième du *Code de procédure civile*, intitulé «Le recours collectif». Loin de créer de nouvelles règles de preuve, ces dispositions ne font qu'adapter aux recours collectifs les moyens permettant de faire valoir un droit qui, auparavant, ne pouvait être réclaté que par chacun des titulaires (voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (2^e éd. 1994), vol. 2, à la p. 644; et M. Beaumier, «Le recours collectif au Québec et aux États-Unis» (1987), 18 *R.G.D.* 775, à la p. 781).

Ainsi, dans le contexte d'une action en responsabilité civile intentée dans le cadre d'un recours collectif, les éléments de faute, préjudice et lien de causalité doivent être démontrés à l'endroit des membres du groupe, et ce, par les procédés de preuve habituels (voir J.-C. Royer, *La preuve civile* (2^e éd. 1995), à la p. 514).

Le juge Nichols suggère, pour sa part, qu'il y a eu modification des règles de preuve en matière de recours collectifs en ce que, selon lui, le second alinéa de l'art. 1241 *C.c.B.C.* crée un moyen exceptionnel de preuve que le droit civil traditionnel n'envisageait pas. Il est d'avis que, vu le pouvoir de traiter collectivement les questions de fait et de droit prévu à cet article, les demandeurs dans un recours collectif n'auraient pas à faire la preuve du préjudice individuel subi par chacun des membres du groupe; seul devrait être démontré, au regard de l'ensemble de la preuve, qu'il existe un préjudice commun.

32

33

34

35

I find it difficult to attribute this scope to art. 1241 C.C.L.C., which apparently only deals with the consequence of the judgment on a class action in terms of the presumption of *res judicata*. I would note in passing that art. 2848 C.C.Q., which is the successor to art. 1241 C.C.L.C., does not reiterate the expression "questions of law or of fact dealt with collectively", on which Nichols J.A. relied. Furthermore, Professor Royer, *supra*, also declines to view art. 1241 C.C.L.C. as changing the rules of evidence in relation to class actions (at p. 515):

[TRANSLATION] The rules relating to class actions and article 1241 C.C.L.C. are not, in our opinion, exceptions to the rule stated in the doctrine and the case law concerning the characteristics of a presumption of fact. This should also be the case *a fortiori* under the *Civil Code of Québec*. The legislator has now codified the rule found in the doctrine and the case law, in article 2849 C.C.Q. Furthermore, the legislator has created no exception in the case of class actions, unlike what was done in the case of the authority of *res judicata*, in which the rule previously stated in article 1241 C.C.L.C. has been preserved.

36

In short, the implementation of the class action scheme set out in Book Nine of the *Code of Civil Procedure* has not, in my view, changed anything in the traditional rules of evidence that apply to civil matters in Quebec and the appellants appear to agree with this. The thrust of their argument is rather directed against proof by presumptions.

(2) Proof by Presumptions

37

Proof by presumptions, which is also referred to as indirect or circumstantial proof, is fully recognized in the civil law tradition. In Quebec, as in France, two types of presumptions are recognized: presumptions established by the legislator, which are legal presumptions, and those left to the discretion of the courts, which are presumptions of fact. In *Précis de la preuve* (4th ed. 1993), Professor Léo Ducharme defines them as follows (at p. 173):

[TRANSLATION] In other words, it is an intellectual process by which the existence of an unknown fact is determined by induction from known facts. When the induction results from the law, there is a legal presumption;

Il me semble difficile de donner une telle portée à l'art. 1241 C.c.B.C. qui n'a trait, vraisemblablement, qu'à la conséquence du jugement sur le recours collectif au niveau de la présomption de la chose jugée. Je remarque, en passant, que l'art. 2848 C.c.Q., qui succède à l'art. 1241 C.c.B.C., ne reprend pas l'expression «questions de droit ou de fait traitées collectivement», sur laquelle s'appuie le juge Nichols. Par ailleurs, le professeur Royer, *op. cit.*, refuse aussi de voir à l'art. 1241 C.c.B.C. une modification des règles de preuve en matière de recours collectif (à la p. 515):

Les règles relatives au recours collectif et l'article 1241 C.c.B.C. ne sont pas, à notre avis, des exceptions à la règle doctrinale et jurisprudentielle concernant les qualités d'une présomption de fait. Il devrait en être de même *a fortiori* sous le régime du *Code civil du Québec*. Le législateur a maintenant codifié, à l'article 2849 C.c.Q., cette règle doctrinale et jurisprudentielle. Par ailleurs, il n'a créé aucune exception dans le cas du recours collectif, contrairement à ce qu'il a fait dans le cas de l'autorité de la chose jugée où il a maintenu la règle antérieurement énoncée à l'article 1241 C.c.B.C.

Bref, la mise en vigueur du régime de recours collectif prévu au livre neuvième du *Code de procédure civile* n'a, à mon avis, rien changé aux règles de preuve traditionnelles applicables en matière civile au Québec. Les appelants semblent d'ailleurs en convenir. Ils s'attaquent plutôt à la preuve par présomptions.

(2) La preuve par présomptions

La preuve par présomptions, qualifiée également de preuve indirecte ou indiciaire, est pleinement reconnue dans la tradition civiliste. Au Québec, comme en France d'ailleurs, on reconnaît deux ordres de présomptions, soit celles établies par le législateur, les présomptions légales, et celles laissées à l'appréciation du tribunal, les présomptions de fait. Le professeur Léo Ducharme, dans *Précis de la preuve* (4^e éd. 1993), les définit ainsi (à la p. 173):

En d'autres termes, il s'agit d'un processus intellectuel par lequel, de l'existence de faits connus, l'on induit l'existence d'un fait inconnu. Lorsque l'induction résulte de la loi, il s'agit d'une présomption légale, lors-

when the court itself makes the induction, there is a presumption of fact.

Under art. 1238 *C.C.L.C.* (now art. 2846 *C.C.Q.*), the legislator has left the task of assessing the probative value of presumptions of fact to the courts. This judicial discretion, however, is not absolute. In Quebec, the courts have restricted the admissibility of presumptions of fact to those which are sufficiently serious, precise and concordant: see *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Longpré v. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1987] R.J.Q. 2024 (C.A.); *La Garantie, Cie d'assurance de l'Amérique du Nord v. Massicotte*, [1988] R.R.A. 16 (C.A.); and *La Concorde, Cie d'assurances générales v. Doyon*, [1989] R.R.A. 52 (C.A.). In 1994, the legislator codified the test set out in the case law and incorporated it in art. 2849 *C.C.Q.*

For the reasons I have already stated, there is no doubt that these rules of proof by presumptions apply to class actions in the same way as they do to any other civil action, just as any other rule of civil evidence also applies to class actions. The legislator has made no distinction in this respect. The only provisions that are specific to class actions and which might, according to the appellants, have some bearing on the rules of evidence are those listed in Book Nine of the *Code of Civil Procedure*. For example, art. 1031 *C.C.P.* provides that the court may order collective recovery if the evidence establishes with sufficient accuracy the total amount of the claims of the members. Article 1045 *C.C.P.*, for its part, allows a court in a class action to prescribe measures designed to hasten the proceedings and to simplify the proof, if they do not prejudice a party or the members of the group. These articles merely adapt the applicable rules of evidence to class actions, because of the unique nature of such actions. They do not change the ordinary rules of evidence so as to exempt class actions. In my opinion, such a change would require much clearer provisions.

que c'est le tribunal lui-même qui procède à faire l'induction, il s'agit d'une présomption de fait.

En vertu de l'art. 1238 *C.c.B.C.* (maintenant l'art. 2846 *C.c.Q.*), le législateur a laissé aux tribunaux le soin d'apprécier la force probante des présomptions de fait. Cette discrétion judiciaire n'est, toutefois, pas absolue. En effet, la jurisprudence québécoise a limité l'admissibilité des présomptions de fait à celles qui sont suffisamment graves, précises et concordantes: voir *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Longpré c. Thériault*, [1979] C.A. 258; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1987] R.J.Q. 2024 (C.A.); *La Garantie, Cie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Massicotte*, [1988] R.R.A. 16 (C.A.); et *La Concorde, Cie d'assurances générales c. Doyon*, [1989] R.R.A. 52 (C.A.). En 1994, le législateur a codifié ces critères jurisprudentiels à l'art. 2849 *C.c.Q.*

Pour les raisons que j'ai déjà exposées, il ne fait aucun doute que ces règles de preuve par présomptions s'appliquent au recours collectif de la même façon qu'à tout autre recours civil, comme toute autre règle de preuve civile s'applique également au recours collectif. Le législateur n'a fait aucune distinction à cet égard. Les seules dispositions particulières au recours collectif, qui pourraient, selon les appelants, avoir une incidence sur les règles de preuve, sont énumérées au livre neuvième du *Code de procédure civile*. Par exemple, l'art. 1031 *C.p.c.* stipule que le tribunal peut ordonner le recouvrement collectif si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres. L'article 1045 *C.p.c.*, quant à lui, permet au tribunal en matière de recours collectif de prescrire des mesures susceptibles d'accélérer les procédures et de simplifier la preuve, si elles ne portent pas préjudice à une partie ou aux membres du groupe. Ces articles ne sont que l'adaptation aux recours collectifs des règles de preuve applicables en raison de la particularité de ces recours. Ils ne modifient pas les règles de preuve ordinaires pour en exempter les recours collectifs. Une telle modification nécessiterait, à mon avis, des dispositions autrement plus claires que celles-ci.

38

39

40

The appellants further contend that the trial judge wrongly relied on a legal presumption of similarity in respect of the moral prejudice suffered by the members of the group. As Nichols J.A. pointed out, that interpretation does not do justice to the analysis done by the trial judge, who was careful to underscore the need to establish the three elements of civil liability (fault, prejudice and causal connection) and based his conclusions on the evidence presented using a variety of methods, including the testimony of people who replaced the employees who had walked out and of expert witnesses. Lesage J. wrote (at p. 391):

[TRANSLATION] In a class action, the representative's action is not always taken as the model. The representative is acting for all of the members of the group, but the court may conclude that certain classes of members suffered a different prejudice, and even authorize each member to assert his or her claim individually. At that point, we have to ask whether, based on the evidence adduced, it would be possible to reach a conclusion with respect to all or some of the members of the group that is different from the conclusion reached in respect of Honorine Abel. We must ask whether the members of the group suffered momentary sequelae, insecurity or discomfort as a result of being deprived of care. [Emphasis added.]

41

One cannot therefore conclude that the trial judge relied on the statutory provisions applicable to class actions to create a legal presumption of similarity in assessing the prejudice suffered. In my opinion, Nichols J.A. correctly described the process followed by the trial judge (at p. 2784):

[TRANSLATION] When the trial judge spoke of a "presumption of similarity", he did not use a presumption of law but rather looked at it as an objective toward which his analysis of the evidence was leading. He never drew the conclusion that all the patients had suffered the same prejudice because the representative of the group had herself suffered discomfort. Rather, he sought to find an element of damage common to everyone, and only after reviewing the evidence as a whole did he find enough evidence to be able to infer that there were serious, precise and concordant presumptions that all the patients had at least suffered discomfort.

Les appellants prétendent, par ailleurs, que le premier juge s'est appuyé à tort sur une présomption légale de similarité en ce qui a trait au préjudice moral subi par les membres du groupe. Comme le souligne le juge Nichols, une telle interprétation ne rend pas justice à l'analyse du premier juge. Ce dernier a bien pris soin de rappeler la nécessité d'établir les trois éléments de la responsabilité civile (faute, préjudice et lien de causalité) et il a fondé ses conclusions sur la preuve présentée par divers moyens, dont le témoignage des personnes ayant remplacé les employés en débrayage et celui des témoins experts. Le juge Lesage s'exprimait ainsi (à la p. 391):

Dans un recours collectif, le cas du représentant ne sert pas nécessairement de modèle. Le représentant agit pour l'ensemble des membres du groupe, mais le Tribunal peut conclure à un préjudice différent pour certaines catégories de membres et même autoriser chacun d'eux à faire valoir sa réclamation individuellement. Dès lors, nous devons nous interroger, en fonction de la preuve offerte, sur la possibilité de conclure pour l'ensemble ou partie des membres du groupe autrement que nous avons conclu à l'endroit d'Honorine Abel. Nous devons nous demander si les membres du groupe ont souffert, par suite de la privation de soins, soit de séquelles, soit d'in-sécurité ou d'inconfort momentanés. [Je souligne.]

On ne saurait donc conclure que le juge du procès s'est autorisé des dispositions législatives applicables en matière de recours collectif pour créer une présomption légale de similarité quant au préjudice subi. Le juge Nichols décrit adéquatement, à mon avis, le processus suivi par le juge du procès (à la p. 2784):

Lorsque le juge parle de «présomption de similarité», il n'en fait pas une présomption de droit, mais un objectif vers lequel tend son analyse de la preuve. Il n'a jamais tiré la conclusion que tous les bénéficiaires avaient subi un préjudice similaire parce que la représentante du groupe avait elle-même souffert d'inconfort. Il a plutôt recherché un élément de dommage commun à tous et ce n'est qu'après avoir revu l'ensemble de la preuve qu'il a trouvé suffisamment d'éléments pour en inférer qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes que tous les bénéficiaires avaient au moins souffert d'inconfort.

If we consider that no member of the group was capable here of expressing himself or herself to describe the subjective prejudice he or she felt, the necessary conclusion is that, in the circumstances, proof by presumptions was the most appropriate method of proof for establishing the existence of such prejudice. [Emphasis added.]

I agree with Nichols J.A. on this point and I would add that the trial judge did not rely solely on presumptions of fact, but also took into account the evidence as a whole, including that of witnesses and expert witnesses, in reaching his conclusions.

We must now consider whether the Court of Appeal was correct in affirming the trial judge's conclusion that the disruption of the care and services provided to the patients of the Hospital caused them the moral prejudice of discomfort.

(3) The Evidence

The appellants argued at length in this Court that the evidence adduced at trial did not permit the judge to conclude that prejudice had been suffered by each of the members of the group covered by the class action. In other words, the appellants invited this Court to reassess the trial judge's findings of fact and to reconsider all of the evidence presented at trial, which was long and laborious.

First, it must be recalled that the trial judge concluded only that the patients of the Hospital experienced a prejudice in the nature of discomfort, that is, a moral (non-pecuniary) prejudice. No medical prejudice or permanent physical or psychological sequelae were proved to the satisfaction of the trial judge. In addition, the judge made a clear distinction between the patients admitted to the transit unit and the medical-surgical unit on the one hand and the other patients on the other hand, in that, in his view, the first had suffered no discomfort. I would note in passing that the appellants have not challenged the definition of discomfort adopted at trial. In order to reach his conclusions, Lesage J. had the opportunity over the 29 days that the trial lasted to hear all the witnesses and to visit the scene, and he was entirely aware of the difficulties

Si l'on considère qu'aucun membre du groupe n'était ici en mesure de s'exprimer pour décrire le préjudice subjectif qu'il ressentait, la conclusion s'impose d'elle-même que la preuve par présomptions s'avérait dans les circonstances le moyen de preuve par excellence pour établir l'existence d'un tel préjudice. [Je souligne.]

Je suis d'accord avec le juge Nichols à cet égard et j'ajouterais que le premier juge ne s'est pas uniquement appuyé sur des présomptions de fait, mais qu'il a également tenu compte de l'ensemble de la preuve, dont les témoins et les témoins experts, afin d'en arriver à ses conclusions.

Il reste à examiner si la Cour d'appel a eu raison de confirmer la conclusion du premier juge voulant que la perturbation des soins et services prodigués aux bénéficiaires de l'Hôpital leur ait causé un préjudice moral d'inconfort.

(3) La preuve

Les appellants ont longuement plaidé devant nous que la preuve offerte en première instance ne permettait pas au juge de conclure à l'existence d'un préjudice subi par chacun des membres du groupe visé par le recours collectif. En d'autres termes, les appelants invitent notre Cour à réévaluer les conclusions de fait du premier juge et à reconsidérer l'ensemble de la preuve présentée au procès, qui a été longue et laborieuse.

Il faut rappeler, tout d'abord, que le juge du procès a uniquement conclu à l'existence d'un préjudice tenant de l'inconfort chez les bénéficiaires de l'Hôpital, c'est-à-dire d'un préjudice moral (non pécuniaire). Aucun préjudice médical ni séquelles physiques ou psychologiques permanentes n'ont été prouvés à la satisfaction du premier juge. De plus, le juge a fait une nette distinction entre, d'une part, les bénéficiaires inscrits à l'unité de transition et à l'unité médico-chirurgicale et, d'autre part, les autres bénéficiaires, en ce que, selon lui, les premiers n'ont pas souffert d'inconfort. Je note, en passant, que les appelants ne s'attaquent pas à la définition d'inconfort retenue en première instance. Or, afin d'en arriver à ses conclusions, le juge Lesage a eu la possibilité, pendant les 29 jours qu'a duré l'audition, d'entendre tous les témoins,

42

43

44

45

engendered by the characteristics of the patients in the circumstances of this case. It is in this context that the appellants are asking that we reverse the trial judge's findings of fact.

46 The test for determining whether an appellate court may intervene and review a trial court's findings of fact, which is now settled, is very strict. According to the rule laid down by this Court in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808, such findings cannot be reconsidered on appeal "unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts"; see also *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

47 Professor Ducharme, *supra*, at p. 200, is of the view that this principle must be tempered when proof is made by way of presumptions of fact. I am not certain that this distinction between the various methods of proof can be made. In my view, the inductive exercise required by presumptions of fact, at least where, as here, they are simply one element of proof among others, opens the way to a subjective assessment of the evidence as a whole and of the circumstances surrounding the presentation of the evidence, on the same basis as the testimony. Accordingly, an appellate court should refrain from intervening to reverse the conclusions drawn by the trial judge on the basis of presumptions of fact, unless the trial judge has made some palpable and overriding error.

48 The first point in the instant case is that the trial judge applied the law properly, so that he was able to draw conclusions based on serious, precise and concordant presumptions of fact established by the evidence (as I noted earlier, the judge relied not

de visiter les lieux, et il était pleinement conscient des difficultés posées par les caractéristiques des bénéficiaires dans les circonstances de la présente affaire. C'est dans ce contexte que les appelants nous demandent de renverser les conclusions de fait du juge de première instance.

Le test, maintenant bien établi, pour permettre à une cour d'appel d'intervenir et de réviser les conclusions de fait d'un tribunal de première instance est très sévère. Selon la règle posée par notre Cour dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808, on ne peut reconsidérer ces conclusions en appel «à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits»; voir également *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

Le professeur Ducharme, *op. cit.*, à la p. 200, est d'avis qu'il faille tempérer ce principe lorsque la preuve est faite au moyen de présomptions de fait. Je ne suis pas certaine que l'on puisse faire cette distinction entre les divers moyens de preuve. À mon avis, l'exercice d'induction requis par les présomptions de fait, du moins là où comme ici elles ne constituent qu'un élément de preuve parmi d'autres, invite à une appréciation subjective de l'ensemble de la preuve et des circonstances entourant sa présentation, au même titre que les témoignages. En conséquence, une cour d'appel devrait s'abstenir d'intervenir pour modifier les conclusions tirées de présomptions de fait par le juge du procès à moins que celui-ci n'ait commis une erreur manifeste et dominante.

En l'instance, d'une part, le premier juge a bien appliqué le droit, ce qui lui permettait de tirer des conclusions à partir de présomptions de fait graves, précises et concordantes que révèle la preuve (comme je l'ai déjà mentionné, le juge s'est

only on these presumptions, but also and mainly on *viva voce* evidence, including expert testimony). The second point is that a review of all of the evidence presented at trial, particularly in a context as complex as is found in this case, shows that the trial judge did an exceptional job of assessing and weighing the evidence and I find no error therein of the type that would allow an appellate court to intervene. The excerpts from the evidence cited by the appellants represent only that portion of the evidence that is favourable to them. In fact, those passages are interwoven into a body of evidence that paints a much more objective picture of the situation which prevailed at the time of the illegal strikes, and of the consequences of that situation for the patients. It is also significant that the court which heard the initial appeal also, unanimously, declined to reconsider the trial judge's findings of fact.

I am, therefore, of the view that the trial judge's findings of fact that the patients of the Hospital had suffered the prejudice of discomfort because of the illegal work stoppages, must be upheld.

Lastly, the appellants argued that the rule of the best evidence — which is set out in art. 1204 C.C.L.C. (now art. 2860 C.C.Q.) — was not followed in that the trial judge did not examine each patient's medical records. In a decision dated February 26, 1987, although he allowed the motion for particulars under art. 168(7) C.C.P. in part, the trial judge declined to grant the request for particulars concerning the condition of each patient as noted in their medical records. The appellants appealed that judgment; the appeal was dismissed and the application for leave to appeal was denied by this Court.

Without expressing an opinion as to whether there is *res judicata* (*Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. City of Montreal*, [1980] 1 S.C.R. 740), I would immediately note that a medical record is not, as the appellant contends, the best evidence. In fact, these

appuyé non seulement sur ces présomptions mais aussi et surtout sur des témoignages *viva voce* incluant ceux d'experts). D'autre part, une revue de l'ensemble des éléments de preuve présentés en première instance, surtout dans un contexte aussi complexe que celui de l'espèce, montre que le juge du procès a fait un travail exceptionnel dans l'appréciation et l'évaluation de la preuve et je n'y vois pas d'erreur du type qui permette à une cour d'appel d'intervenir. Les extraits de la preuve que les appelants ont mis en exergue ne représentent que cette partie de la preuve qui les avantage. Or, ces extraits s'imbriquent dans un ensemble de preuves qui trace un portrait beaucoup plus objectif de la situation qui prévalait à l'époque des grèves illégales et de ses conséquences sur les bénéficiaires. Il est significatif, d'ailleurs, que la première cour d'appel, à l'unanimité, s'est également refusée à reconsidérer les conclusions de fait du premier juge.

Je suis donc d'avis que les conclusions de fait du juge de première instance voulant que les bénéficiaires de l'Hôpital aient subi un préjudice d'inconfort en raison des arrêts de travail illégaux doivent être maintenues.

Enfin, les appelants soutiennent que la règle de la meilleure preuve — prévue à l'art. 1204 C.c.B.C. (maintenant l'art. 2860 C.c.Q.) — n'a pas été respectée puisque le juge du procès n'a pas consulté les dossiers médicaux de chaque bénéficiaire. Dans une décision datée du 26 février 1987, bien qu'il ait accueilli en partie la requête pour précisions aux termes du par. 168(7) C.p.c., le premier juge a refusé de faire droit à la demande de fournir des précisions sur la condition de chaque bénéficiaire telle que notée à leur dossier médical. Ce jugement a fait l'objet d'un appel de la part des appelants, appel qui a été rejeté, et la demande d'autorisation de pourvoi a été refusée par notre Cour.

Sans me prononcer à savoir s'il y a là chose jugée (*Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Ville de Montréal*, [1980] 1 R.C.S. 740), je remarque immédiatement que le dossier médical n'est pas, comme le prétend l'appellant, la meilleure preuve. En fait, c'est par

49

50

51

documents are only admissible as an exception to the rule excluding hearsay evidence (*Royal Victoria Hospital v. Morrow*, [1974] S.C.R. 501). In any event, I agree with the trial judge for the reasons cited by him: that the patients' records were not relevant in this case because, *inter alia*, the assertion that the patients did not suffer identical damage does not justify, before final judgment, a motion for particulars concerning the damage suffered by each patient individually.

(4) Conclusion

52 In conclusion, I am of the view that this Court should not intervene in relation to the first issue, that is, the question of the rules of evidence applicable and applied to class actions. The majority in the Court of Appeal was correct to conclude that proof by sufficiently serious, precise and concordant presumptions of fact applied to class actions in the same manner as it applies to any other civil matter, and that the inferences drawn therefrom by the trial judge were not vitiated by any error of law or fact.

53 Moreover, the Court of Appeal did not err in affirming the judgment of first instance in which, after a meticulous examination of the whole of the evidence, including the testimony of people who replaced the striking employees and of expert witnesses, the trial judge concluded that the elements of civil liability (fault, prejudice and causal connection) had been established on the balance of probabilities and that the patients of the Hospital had suffered the prejudice of discomfort because of the illegal strikes. The second question before this Court relates to the compensation for that moral prejudice.

B. *Moral Prejudice*

54 The appellants contend that the Court of Appeal was wrong to affirm the decision of the trial judge, who had declined to apply the "functional" approach which, in their view, must govern compensation for moral prejudice. According to them,

exception à la règle de l'exclusion de la preuve par ouï-dire que ces documents sont admissibles (*Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501). À tout événement, je suis d'accord avec le juge de première instance pour les motifs qu'il invoque que les dossiers des bénéficiaires en l'espèce n'étaient pas pertinents, entre autres parce que la proposition selon laquelle les bénéficiaires n'ont pas subi des dommages identiques ne justifie pas, avant le jugement final, une demande de précisions sur les dommages subis par chaque bénéficiaire individuellement.

(4) Conclusion

En conclusion, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu pour notre Cour d'intervenir relativement à la première question en litige, soit celle concernant les règles de preuve applicables et appliquées en matière de recours collectif. La Cour d'appel, à la majorité, a eu raison de conclure que la preuve par présomptions de fait suffisamment graves, précises et concordantes s'appliquait de la même façon en matière de recours collectifs qu'en toute autre matière civile et que les inférences qu'en a tirées le premier juge n'étaient entachées d'aucune erreur de droit ou de fait.

Par ailleurs, la Cour d'appel n'a pas erré en confirmant le jugement de première instance dans lequel, après une étude minutieuse de l'ensemble de la preuve, comprenant le témoignage des personnes qui ont remplacé les employés en grève et celui des témoins experts, le juge du procès a conclu que les éléments de la responsabilité civile (faute, préjudice et lien de causalité) avaient été démontrés par prépondérance de preuve et que les bénéficiaires de l'Hôpital avaient subi un préjudice d'inconfort en raison des grèves illégales. La deuxième question devant nous a trait à l'indemnisation de ce préjudice moral.

B. *Le préjudice moral*

Les appelants soutiennent que la Cour d'appel a eu tort de confirmer la décision du juge de première instance qui aurait refusé d'appliquer la thèse dite fonctionnelle qui doit, à leur avis, gouverner l'indemnisation du préjudice moral. Selon

the patients of the Hospital could not receive compensation in the amount awarded since they were unable, because of their mental condition, to take any satisfaction therefrom. The appellants further argued that the quantum of moral damages awarded was patently excessive in the circumstances of this case.

For his part, the respondent stressed the fact that the functional approach cannot be used in the civil law to determine whether a victim is entitled to redress for the moral prejudice suffered. With respect to the calculation of damages, he contended that Quebec law incorporates the three traditional approaches: the conceptual approach, the so-called personal approach and the functional approach. Lastly, with respect to the calculation of moral damages, he argued that no error had been committed such as would warrant the intervention of an appellate court.

In order to clarify the issue surrounding the evaluation of moral damages in Quebec law and to assess the parties' respective arguments in relation to the functional approach, it would be appropriate to begin by reviewing the case law and the doctrine on this point.

(1) Case Law and Doctrine

The head of compensation for moral prejudice and the method of calculating moral damages were considered by this Court in the trilogy *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, and *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267, and also in *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629. In *Andrews*, Dickson J. (as he then was) described the various approaches that have been developed for calculating compensation for moral prejudice (at pp. 261-62):

It is also the area where there is the clearest justification for moderation. As one English commentator has suggested, there are three theoretical approaches to the problem of non-pecuniary loss (Ogus, 35 M.L.R. 1). The first, the "conceptual" approach, treats each faculty as a proprietary asset with an objective value, indepen-

aux, les bénéficiaires de l'Hôpital ne pouvaient recevoir une indemnité de l'ordre octroyé puisque, en raison de leur condition mentale, ils ne sont pas en mesure d'en éprouver aucune satisfaction. Les appelants prétendent, en outre, que le montant de dommages moraux accordé est nettement exagéré dans les circonstances de cette affaire.

L'intimé, pour sa part, insiste sur le fait qu'en droit civil l'approche fonctionnelle ne saurait s'appliquer pour déterminer si une victime a droit à la réparation du préjudice moral subi. En ce qui concerne le calcul des dommages, il soutient que le droit québécois incorpore les trois approches traditionnelles, soit la thèse conceptuelle, celle dite personnelle et l'approche fonctionnelle. Enfin, quant au calcul des dommages moraux, il plaide qu'aucune erreur permettant l'intervention d'une cour d'appel n'a été commise.

Afin de bien cerner le débat sur la question de l'évaluation des dommages moraux en droit québécois, de même que les prétentions respectives des parties relatives à l'approche fonctionnelle, il convient de discuter, tout d'abord, du contexte jurisprudentiel et doctrinal en la matière.

(1) Jurisprudence et doctrine

Le chef d'indemnisation pour préjudice moral ainsi que la méthode de calcul des dommages moraux ont été examinés par notre Cour dans la trilogie des arrêts *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, et *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, ainsi que dans l'arrêt *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629. Dans *Andrews*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), décrit ainsi les diverses thèses en présence pour calculer l'indemnisation du préjudice moral (aux pp. 261 et 262):

Dans ce domaine, la modération est nettement de mise. Comme l'a souligné un commentateur anglais, il y a trois façons d'aborder le problème des pertes non pécuniaires (Ogus, 35 M.L.R. 1). Dans la première, l'approche «conceptuelle», chaque faculté est considérée comme un bien propre ayant une valeur objective, indé-

55

56

57

dent of the individual's own use or enjoyment of it. This was the ancient "bot", or tariff system, which prevailed in the days of King Alfred, when a thumb was worth thirty shillings. Our law has long since thought such a solution unsubtle. The second, the "personal" approach, values the injury in terms of the loss of human happiness by the particular victim. The third, or "functional" approach, accepts the personal premise of the second, but rather than attempting to set a value on lost happiness, it attempts to assess the compensation required to provide the injured person "with reasonable solace for his misfortune". "Solace" in this sense is taken to mean physical arrangements which can make his life more endurable rather than "solace" in the sense of sympathy. To my mind, this last approach has much to commend it, as it provides a rationale as to why money is considered compensation for non-pecuniary losses such as loss of amenities, pain and suffering, and loss of expectation of life. Money is awarded because it will serve a useful function in making up for what has been lost in the only way possible, accepting that what has been lost is incapable of being replaced in any direct way. [Emphasis added.]

pendamment de l'usage qu'en fait l'individu ou de la jouissance qu'il en tire. Il s'agit de l'ancien système tarifaire (*bot*), qui existait à l'époque du roi Alfred, quand un pouce valait trente shillings. Depuis longtemps, notre droit a rejeté cette conception comme primitive. Dans la deuxième, l'approche «personnelle», le dommage est fonction de la perte, pour la victime en question, des agréments de la vie. La troisième, l'approche «fonctionnelle», adopte le point de vue individuel de la deuxième approche, mais au lieu de tenter d'évaluer en termes monétaires la perte des agréments de la vie, elle vise à fixer une indemnité suffisante pour fournir à la victime «une consolation raisonnable pour ses malheurs». Le terme «consolation» n'a pas ici le sens de sympathie, mais il désigne plutôt certains moyens matériels de rendre la vie de la victime plus supportable. À mon avis, cette dernière conception est la plus valable en ce qu'elle justifie l'indemnisation monétaire de pertes non pécuniaires, comme la perte des agréments de la vie, les souffrances physiques et morales et la diminution de l'espérance de vie. L'argent servira donc à compenser, de la seule manière possible, la perte subie, puisqu'il faut accepter le fait que cette perte ne peut en aucune façon être réparée directement. [Je souligne.]

58

In *Lindal v. Lindal*, Dickson J. added that the quantum of damages awarded to compensate for moral prejudice depends not only upon the seriousness of the harm, but also upon the satisfaction that the compensation may bring to the victim. He stated (at p. 637):

Thus the amount of an award for non-pecuniary damage should not depend alone upon the seriousness of the injury but upon its ability to ameliorate the condition of the victim considering his or her particular situation. It therefore will not follow that in considering what part of the maximum should be awarded the gravity of the injury alone will be determinative. An appreciation of the individual's loss is the key and the "need for solace will not necessarily correlate with the seriousness of the injury" (Cooper-Stephenson and Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981), at p. 373). In dealing with an award of this nature it will be impossible to develop a "tariff". An award will vary in each case "to meet the specific circumstances of the individual case" (*Thornton* at p. 284 of S.C.R.). [Emphasis added.]

He even suggested, although he did not decide the point, that a permanently unconscious plaintiff might be entitled to no moral damages.

Dans l'affaire *Lindal c. Lindal*, le juge Dickson ajoute que le montant de dommages accordé pour compenser le préjudice moral subi dépend non seulement de la gravité de l'atteinte mais aussi de la satisfaction que l'indemnité pourra apporter à la victime. Il s'exprime ainsi (à la p. 637):

Ainsi, le montant d'une indemnité pour préjudice non pécuniaire doit dépendre non pas uniquement de la gravité de la blessure, mais aussi de la possibilité d'améliorer la situation de la victime compte tenu de son état. Il ne s'ensuit donc pas que, lorsqu'on décide quelle partie du montant il faut allouer, la gravité de la blessure sera seule déterminante. La clé est l'évaluation de la perte de chaque individu et le [TRADUCTION] «besoin de consolation ne correspondra pas forcément à la gravité de la blessure» (Cooper-Stephenson et Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981), à la p. 373). Pour les indemnités de ce genre, il est impossible d'établir un «tarif». Une indemnité variera de manière à «répondre aux circonstances précises du cas» (*Thornton* à la p. 284 du R.C.S.). [Je souligne.]

Il suggère même, sans toutefois en décider, qu'un demandeur plongé dans un état permanent d'inconscience pourrait n'avoir droit à aucun dommage moral.

But he adds:

The existence of these substitute pleasures, however, may undoubtedly comprise one of the elements that may be taken into account in evaluating the prejudice, even though it is not the purpose of that evaluation. [Emphasis added.]

60

Unlike Professor Baudouin, Professor Daniel Gardner, in *L'évaluation du préjudice corporel* (1994), concludes that what is called the functional approach is consistent with civil law principles and is therefore applicable in Quebec civil law (at p. 162):

[TRANSLATION] 227 — *Conformity with the rules of the civil law.* Does the functional approach correspond to the rules of compensation that are applied in a civil law system? In other words, is this a case in which the common law and the civil law differ radically, so that it would be impossible to apply the solution proposed by the Supreme Court in Quebec? The answer is no, although there are some who would not share this opinion.

The fact is that there is no legal rule for *evaluating* non-pecuniary losses; there are only judicial practices. The functional approach is not a common law rule, but a method of evaluating a prejudice that is itself recognized in accordance with the legal rules associated with each system. Nearly a half-century ago, Planiol and Ripert said, in response to the argument based on the impossibility of properly redressing moral prejudice, that one could not “deny such money if, through the satisfaction the victim may secure with it, it at least mitigates his or her suffering”. The final reconciliation came with the words used by Dickson J. to define the functional approach. In reality, it has long been recognized and applied in the civil law.

In our opinion, there is therefore no legal reason that militates in favour of rejecting the functional approach in Quebec law. We must simply avoid setting it up on the same level as a genuine legal rule. [Italics in original; underlining added.]

61

In my opinion, the debate concerning the application of the functional approach in Quebec is much more apparent than real and seems to be based on the fact that the various approaches in this field come into play at several levels of the examination of moral prejudice in civil liability:

Mais il ajoute:

L'existence de ces plaisirs de substitution peut toutefois, sans nul doute, constituer un des éléments susceptibles d'entrer en ligne de compte dans l'évaluation du préjudice. Il n'en constitue pas pour autant la raison d'être. [Je souligne.]

Contrairement au professeur Baudouin, le professeur Daniel Gardner, dans *L'évaluation du préjudice corporel* (1994), conclut que la thèse dite fonctionnelle est compatible avec les principes civilistes et qu'elle est donc applicable en droit civil québécois (à la p. 162):

227 — *Conformité avec les règles du droit civil.* L'approche fonctionnelle correspond-elle aux règles d'indemnisation qui sont appliquées dans un système de droit civil? Autrement dit, s'agit-il d'un cas où la common law et le droit civil diffèrent radicalement, ce qui rendrait impossible l'application au Québec de la solution proposée par la Cour suprême? La réponse est négative, même si certains ne sont pas de cet avis.

Le fait est qu'il n'existe pas de règle de droit en matière d'*évaluation* des pertes non pécuniaires mais seulement des pratiques judiciaires. L'approche fonctionnelle n'est pas une règle de common law mais une méthode d'évaluation d'un préjudice dont la reconnaissance repose, elle, sur des règles de droit propres à chaque système. Il y a près d'un demi-siècle, Planiol et Ripert, répondant à l'argument tiré de l'impossibilité de réparer le préjudice moral de façon adéquate, disaient qu'on ne pouvait «refuser cette somme si, par les satisfactions que la victime pourra se procurer avec elle, elle atténue au moins sa souffrance». Le rapprochement est frappant avec les termes employés par le juge Dickson pour définir l'approche fonctionnelle. En réalité, elle est reconnue et appliquée depuis longtemps en droit civil.

Il n'existe donc pas, à notre avis, de motif juridique qui milite en faveur du rejet de l'approche fonctionnelle en droit québécois. Il faut simplement éviter de l'ériger au niveau d'une véritable règle de droit. [En italique dans l'original; je souligne.]

À mon avis, le débat sur l'application de la thèse fonctionnelle au Québec est beaucoup plus apparent que réel et semble tenir au fait que les différentes approches dans le domaine interviennent à plusieurs niveaux dans l'examen du préjudice moral en responsabilité civile: voir D. Jutras,

Legal authors in Quebec disagree on whether the functional approach applies to the evaluation of moral prejudice in civil law. In *La responsabilité civile* (4th ed. 1994), Professor Jean-Louis Baudouin (now of the Court of Appeal), whose opinion was adopted by the Court of Appeal, seems to reject the functional approach (at pp. 190-91):

[TRANSLATION] In terms of legal policy, [the functional approach] has the merit of simplifying judges' job enormously by enabling them to group distinct elements under one single head of compensation. On the other hand, with all due respect, it seems to us to be inconsistent with civil law and tradition. First, the civil law allows for compensation of moral or non-patrimonial damage, not as a sanction for the gravity of the fault or as a consolation prize, but as objective compensation for interference with a legitimate interest. In the civil law, that interest is not necessarily patrimonial in nature or value. Its lack of economic value means neither that it will not be protected nor that there will be no redress for the interference. Second, it seems to us to be difficult, in the civil law, to admit that there may be compensation only where the money awarded can serve to mitigate the effects of the interference: the logical consequence of that rule is to deny any compensation in a case where the money awarded is powerless to perform that function. If, for example, the victim is in a deep coma, no amount of money will enable him or her to secure goods and services that will be able to provide solace for his or her misfortunes. The same will be true if the effect of the accident was to totally dull or desensitize the victim's perceptions. In terms of esthetic prejudice, if the victim is blind and can never be aware of his or her ugliness, nothing will be owed. In our opinion, in the civil law, the prejudice must be compensated because there has been interference with a legitimate patrimonial or extra-patrimonial right, and not because there is a material way of alleviating the inconveniences of that interference. The loss to be compensated for is an objective one, a loss that must be measured personally in relation to what the victim has actually been deprived of, difficult though that process may be. Another question is whether the money to be awarded to the victim will actually enable him or her to secure substitute amenities. In our opinion, the compensation is owed because there has been a loss, and not because the victim may hope to secure substitute pleasures. [Emphasis added.]

Les auteurs de doctrine au Québec ne s'entendent pas quant à l'application de la méthode fonctionnelle d'évaluation du préjudice moral en droit civil. Le professeur Jean-Louis Baudouin (maintenant à la Cour d'appel), dans *La responsabilité civile* (4^e éd. 1994), dont l'opinion a été retenue par la Cour d'appel, semble rejeter l'approche fonctionnelle (aux pp. 190 et 191):

Sur un plan de politique judiciaire, [la thèse fonctionnelle] a le mérite de singulièrement simplifier la tâche des juges, en leur permettant de regrouper des éléments distincts sous un seul et même chef d'indemnité. Par contre, en tout respect, elle nous paraît incompatible avec le droit et la tradition civilistes. Le droit civil, en premier lieu, admet la compensation du dommage moral ou extra-patrimonial, non comme une sanction de la gravité de la faute, ni comme un prix de consolation, mais bien comme la compensation objective d'un intérêt légitime lésé. L'intérêt lésé, en droit civil, n'a pas nécessairement une nature ou une valeur patrimoniale. Son absence de valeur économique n'empêche ni de le protéger, ni de réparer l'atteinte. En second lieu, il nous semble difficile, en droit civil, d'admettre qu'il ne puisse y avoir compensation que dans la mesure où l'argent accordé peut servir à atténuer les effets de l'atteinte. La conséquence logique de cette règle est, en effet, de nier toute compensation dans l'hypothèse où l'argent accordé est impuissant à remplir cette fonction. Si, par exemple, la victime reste dans un coma profond, aucune somme ne saurait lui permettre de se procurer des biens et des services susceptibles de constituer une consolation pour ses malheurs. Si l'accident a eu pour effet de totalement émousser ou d'insensibiliser les perceptions de la victime, il en sera de même. En matière de préjudice esthétique, si la victime est aveugle et ne peut prendre conscience de sa laideur, rien ne serait dû. À notre avis, en droit civil, le préjudice est dû parce qu'il y a atteinte à un intérêt légitime patrimonial ou extra-patrimonial, et non parce qu'il existe un moyen matériel d'en pallier les inconvénients. C'est une perte objective que l'on doit compenser, perte qui doit être mesurée, aussi difficile que soit le processus, de façon personnelle par rapport à ce dont la victime est effectivement privée. Autre chose est de savoir si, en raison de l'argent qui va lui être attribué, la victime va pouvoir effectivement se procurer des agréments de substitution. La compensation est due, à notre avis, parce qu'il y a perte et non parce que la victime peut espérer se procurer des joies substituées. [Je souligne.]

see D. Jutras, "Pretium et précision" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 203.

The main problem underlying compensation for moral prejudice is how to assign a cash value to a qualitative loss. The various theories that have been advanced in the field essentially relate to two aspects: (1) the justification for the right to compensation for moral damage and (2) the method of calculating moral damage. I shall briefly discuss each of these aspects of compensation for moral prejudice, more specifically in relation to the functional approach.

(2) Justification for the Right to Compensation for Moral Damage

Moral prejudice has been defined as including loss of enjoyment of life, esthetic prejudice, physical and psychological pain and suffering, inconvenience, loss of amenities, and sexual prejudice. Why should the victim be compensated for a prejudice which is, strictly speaking, irreparable? It is undeniable, nonetheless, that moral prejudice is a real prejudice.

There is now express provision for compensation for moral prejudice in the *Civil Code of Québec*, art. 1457 of which sets out the general principle of civil liability:

1457. Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature. [Emphasis added.]

The traditional justification in civil liability for remedying a prejudice stresses the compensatory function of the damages: *restitutio in integrum* (or full restitution for the harm caused). Two new justifications have recently been recognized in the literature: distributing the loss suffered among the community, by means of liability insurance, *inter alia*, and deterring negligent and harmful conduct

«Pretium et précision» (1990), 69 *R. du B. can.* 203.

Le principal problème sous-jacent à la compensation du préjudice moral est de monnayer une perte qualitative. Les différentes théories mises de l'avant dans le domaine agissent essentiellement sous deux aspects: (1) la justification du droit à la compensation pour dommages moraux et (2) la méthode de calcul des dommages moraux. J'examinerai brièvement chacun de ces aspects de l'indemnisation du préjudice moral, plus particulièrement au regard de la thèse fonctionnelle.

(2) La justification du droit à la compensation pour dommages moraux

Le préjudice moral a été défini comme comprenant la perte de jouissance de la vie, le préjudice esthétique, les douleurs et souffrances physiques et psychologiques, les inconvénients, de même que le préjudice d'agrément et le préjudice sexuel. Or, pourquoi indemniser la victime d'un préjudice qui est, à strictement parler, irréparable? Il est toutefois indéniable que le préjudice moral constitue un préjudice réel.

La compensation du préjudice moral est maintenant expressément prévue au *Code civil du Québec*, à l'art. 1457 qui énonce le principe général de la responsabilité civile:

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel. [Je souligne.]

La justification traditionnelle de la réparation du préjudice en responsabilité civile insiste sur la fonction compensatoire des dommages: *restitutio in integrum* (ou réparation intégrale du tort causé). Les auteurs y ont reconnu récemment deux nouvelles justifications: la distribution parmi la collectivité de la perte subie au moyen, entre autres, de l'assurance responsabilité, et la dissuasion des

62

63

64

65

by urging the person who caused the prejudice and, through an educational process, the general public, to exhibit greater care. However, these instrumentalist conceptions of liability do not appear to me to provide proper justification for compensating moral prejudice, because of the extra-patrimonial and subjective nature of that prejudice (see *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494, at p. 506).

comportements négligents et dommageables en incitant l'auteur du préjudice, et par effet d'entraînement la population en général, à une plus grande prudence. Ces conceptions instrumentalistes de la responsabilité ne me paraissent pas justifier adéquatement, toutefois, l'indemnisation du préjudice moral, en raison de la nature extrapatrimoniale et subjective de ce préjudice (voir *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494, à la p. 506).

66 In France, most authors adopt the compensatory approach to justify indemnifying a victim of moral prejudice: see, *inter alia*, Planiol and Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (2nd ed. 1952), vol. 6, at p. 754; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français* (3rd ed. 1939), vol. II, at p. 262; Mazeaud and Chabas, *Leçons de droit civil* (8th ed. 1991), t. 2, vol. 1, at p. 406; and B. Starck, *Obligations* (4th ed. 1991), vol. 1, at p. 69. Although, in my view, this compensatory conception is broader, it does to some extent overlap the functional approach. In *Lindal v. Lindal*, *supra*, at p. 636, Dickson J. explained that the functional approach does not attempt

En France, la plupart des auteurs adoptent la théorie satisfaisante comme justification de l'indemnisation du préjudice moral: voir, entre autre, Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (2^e éd. 1952), t. 6, à la p. 754; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français* (3^e éd. 1939), t. II, à la p. 262; Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil* (8^e éd. 1991), t. 2, vol. 1, à la p. 406; et B. Starck, *Obligations* (4^e éd. 1991), vol. 1, à la p. 69. Cette conception satisfaisante, même si, à mon avis, elle est plus large, recoupe jusqu'à un certain point la thèse fonctionnelle. En effet, dans l'arrêt *Lindal c. Lindal*, précité, à la p. 636, le juge Dickson explique que la thèse fonctionnelle ne tente pas

to set a value on lost happiness, [but] attempts to assess the compensation required to provide the injured person with reasonable solace for his misfortune. Money is awarded, not because lost faculties have a dollar value, but because money can be used to substitute other enjoyments and pleasures for those that have been lost. [Emphasis added.]

d'évaluer en termes monétaires la perte des agréments de la vie, [mais] vise à fixer une indemnité suffisante pour fournir à la victime une consolation raisonnable pour ses malheurs. Il y a indemnisation non parce que les facultés perdues ont une valeur monétaire, mais parce qu'il est possible de se servir d'argent pour substituer d'autres agréments et plaisirs à ceux qu'on a perdus. [Je souligne.]

67 For purposes of this analysis, it is also important to distinguish between the subjective conception of prejudice and the objective conception, as Professor Jutras, *supra*, stresses, at pp. 216-17:

Pour les fins de la présente analyse, il importe également de faire une distinction entre la conception subjective du préjudice et la conception objective, comme le met en relief le professeur Jutras, *loc. cit.*, aux pp. 216 et 217:

[TRANSLATION] According to the first of these conceptions, extra-patrimonial prejudice exists only when it is felt. Regardless of its seriousness, an injury has extra-patrimonial consequences only if the victim is capable of perceiving its effects. From this standpoint, extra-patrimonial prejudice is exclusively subjective. Suffering, inconvenience, loss of enjoyment: the injury itself cannot be distinguished from its psychological consequences since the prejudice lies entirely in those consequences. One of the corollaries of this conception, for

La première de ces conceptions veut que le préjudice extrapatrimonial n'existe que lorsqu'il est ressenti. Une blessure, quelle qu'en soit la gravité, n'a de conséquences extrapatrimoniales que si la victime est en mesure d'en percevoir les effets. Le préjudice extrapatrimonial, dans ce cadre, est exclusivement subjectif. Souffrances, inconvénients, préjudice d'agrément: on ne distingue pas la blessure elle-même de ses conséquences psychologiques puisque le préjudice se trouve tout entier dans ces dernières. L'un des corollaires de cette

example, is that an unconscious victim is not entitled to any compensation for extra-patrimonial prejudice. Not only must we admit that such compensation is superfluous, but we must also recognize that the prejudice itself does not exist in this case. There is no moral damage without moral or physical suffering, without the victim feeling the loss of enjoyment of life.

On the other hand, a portion of the extra-patrimonial prejudice can be envisaged in material form by stressing the visible and tangible nature of the prejudice. This analysis does not rule out the subjective concept of moral prejudice. In fact, it is in addition thereto. Its essence lies in the recognition of the existence of objective extra-patrimonial prejudice independent of the suffering or loss of enjoyment of life felt by the victim. From this perspective, the prejudice is composed not only of the victim's perception of his or her condition, but also of that condition itself. In other words, it is not sufficient to compensate the victim for the patrimonial consequences and moral and physical suffering that result from the injury. The victim must also be compensated for the objective loss of a limb or another faculty, based on "external manifestations of the facts that cause suffering". [Emphasis added.]

The current law, case law and literature on this question in Quebec support the second conception, that is, that the right to compensation for moral prejudice is not conditional on the victim's ability to profit or benefit from monetary compensation: see also *Giguère v. Grégoire*, [1973] C.S. 119; and *Jim Russell International Racing Drivers School (Canada) Ltd. v. Hite*, [1986] R.J.Q. 1610 (C.A.); see also Baudouin, *supra*, at pp. 190-91. Preference should, therefore, be given to the objective characterization of moral prejudice in Quebec; this is also much more consistent with the fundamental principles of civil liability.

In fact, in Quebec civil law, the primary function of the rules of civil liability is to compensate for prejudice. This objective requires that there be compensation for the loss suffered or the opportunity for profit lost because of the wrongful conduct, regardless of whether the victim is capable of enjoying the substitute pleasures. Moreover, it is

conception, par exemple, est qu'une victime inconsciente n'a droit à aucune indemnité au titre du préjudice extrapatrimonial. Non seulement faut-il admettre qu'une telle indemnité est superflue, puisque la victime ne peut en ressentir les effets bénéfiques, mais il faut aussi reconnaître que le préjudice lui-même n'existe pas dans ce cas. Il n'y a pas de dommage moral sans souffrance morale ou physique, sans perte de jouissance de la vie ressentie par la victime.

On peut par ailleurs envisager une partie du préjudice extrapatrimonial dans sa matérialité, en insistant sur son caractère visible et tangible. Cette analyse n'exclut pas la notion subjective du préjudice moral. En fait, elle s'y ajoute. Son aspect essentiel, c'est la reconnaissance de l'existence d'un préjudice extrapatrimonial objectif et indépendant de la souffrance ou de la perte de jouissance de la vie ressentie par la victime. Dans cette perspective, le préjudice est constitué non seulement de la perception que la victime a de son état, mais aussi de cet état lui-même. En d'autres termes, il ne suffit pas d'indemniser la victime pour les conséquences patrimoniales et la douleur morale et physique qui résultent de la blessure. Il faut aussi l'indemniser pour la perte objective d'un membre ou d'une faculté, en fonction des «manifestations extérieures des faits générateurs de souffrance». [Je souligne.]

L'état du droit, de la jurisprudence et de la doctrine sur cette question au Québec appuie la seconde conception, soit celle voulant que le droit à la compensation du préjudice moral ne soit pas conditionnel à la capacité de la victime de profiter ou de bénéficier de la compensation monétaire: voir, en outre, *Giguère c. Grégoire*, [1973] C.S. 119, et *Jim Russell International Racing Drivers School (Canada) Ltd. c. Hite*, [1986] R.J.Q. 1610 (C.A.); voir également Baudouin, *op. cit.*, aux pp. 190 et 191. La caractérisation objective du préjudice moral devrait donc être favorisée au Québec; elle s'accorde beaucoup mieux d'ailleurs avec les principes fondamentaux de la responsabilité civile.

De fait, en droit civil québécois, la principale fonction du régime de responsabilité civile est de compenser le préjudice. Cet objectif commande l'indemnisation de la perte subie ou du gain manqué en raison du comportement fautif, peu importe que la victime soit en mesure de profiter des joies substituées. C'est d'ailleurs sur cet aspect

this compensatory aspect of indemnification for moral prejudice that was stressed by Taschereau J. (as he then was) in *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, 1 D.L.R. (2d) 241, at pp. 246-47 D.L.R., where he wrote:

[TRANSLATION] Under art. 1053 C.C., the obligation to compensate flows from two essential elements: an injury suffered by the victim, and fault on the part of the author of the delict or quasi-delict. Even if no pecuniary damage is proven, there exists nevertheless, not a right to *punitive or exemplary damages* which the law of Quebec does not recognize, but without doubt a right to *moral damages*. Civil law never punishes the author of a delict or a quasi-delict. It recognizes and provides for compensation to the victim for the injury suffered. Punishment is exclusively within the province of criminal Courts: *French v. Héту* (1908), 17 Que. K.B. 429; *Guibord v. Dallaire* (1931), 53 Que. K.B. 123; [*Goyer v. Duquette* (1937), 61 Que. K.B. 503 at p. 512]; *Duhaime v. Talbot* (1937), 64 Que. K.B. 386 at p. 391. Moral damages, as any other damages awarded by the civil Court, have exclusively a compensatory character. [Italics in original; underlining added.]

For a more thorough analysis, see *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345 (reasons of Gonthier J.).

70

On the other hand, the objective conception of moral prejudice is much more consistent with the civil law rule according to which the right of action, that accompanies the moral prejudice resulting from the pain and suffering experienced by the victim before death, is transmissible to the heirs (see Baudouin, *supra*, at pp. 198-99). In *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, [1961] S.C.R. 201, the leading decision on the issue, Taschereau J. wrote (at p. 207):

[TRANSLATION] I well understand, and this cannot be seriously disputed, that a person who is the victim of an accident has a legal claim, when the person's condition creates the sad prospect of facing a shortened life, of dragging out a wretched existence, full of infirmities, physical pain and moral anguish and worry. This is the basis on which, if the evidence so warrants, a claim for damages such as the claim submitted for our consideration may and must be based, since at that point *a right which may be evaluated in money has arisen, and is*

compensatoire de l'indemnité liée au préjudice moral que le juge Taschereau (plus tard Juge en chef) avait mis l'accent dans *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, à la p. 841, où il écrivait:

En vertu de 1053 C.C. l'obligation de réparer découle de deux éléments essentiels: un fait dommageable subi par la victime, et la faute de l'auteur du délit ou du quasi-délit. Même si aucun dommage pécuniaire n'est prouvé, il existe quand même, non pas un droit à *des dommages punitifs ou exemplaires*, que la loi de Québec ne connaît pas, mais certainement un droit à *des dommages moraux*. La loi civile ne punit jamais l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit; elle accorde une compensation à la victime pour le tort qui lui a été causé. La punition est exclusivement du ressort des tribunaux correctionnels. *French v. Héту* (1908), 17 B.R. 429, *Guibord v. Dallaire* (1931), 53 B.R. 123, *Goyer v. Duquette* (1937), 61 B.R. 503 à la p. 512, *Duhaime v. Talbot* (1937), 64 B.R. 386 à la p. 391. Le dommage moral, comme tous dommages-intérêts accordés par un tribunal, a exclusivement un caractère compensatoire. [En italique dans l'original; je souligne.]

Voir pour une analyse plus poussée *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 (motifs du juge Gonthier).

Par ailleurs, la conception objective du préjudice moral se concilie beaucoup mieux avec la règle de droit civil selon laquelle le droit d'action qui accompagne le préjudice moral découlant des souffrances et douleurs subies par la victime avant son décès est transmissible aux héritiers (voir Baudouin, *op. cit.*, aux pp. 198 et 199). Dans *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201, l'arrêt de principe sur la question, le juge Taschereau s'exprimait ainsi (à la p. 207):

Je comprends très bien, et ceci ne peut être sérieusement contesté, qu'une personne victime d'un accident ait une réclamation en justice, lorsque sa condition fait naître la triste perspective d'avoir devant elle une vie abrégée, de traîner une existence misérable, remplie d'infirmités, de douleurs physiques, et d'angoisse et d'inquiétudes morales. C'est sur cela que peut et doit reposer, si la preuve le justifie, une réclamation en dommages comme celle qui est soumise à notre considération, car alors, *un droit, appréciable en argent, a pris*

part of the victim's patrimony under the provisions of art. 607 of the Civil Code. [Emphasis in original.]

The purely subjective conception of the right to have the moral prejudice remedied would be totally inconsistent with this principle, since the deceased victim is obviously not capable of enjoying the substitute benefits which the moral damages awarded may secure.

Thus for the purpose of characterizing the nature of the moral prejudice for purposes of compensation, I am of the view, like Nichols J.A., that the purely subjective conception has no place in the civil law, since the reason that damages may be recovered is not because the victim may benefit from them, but rather because of the very fact that there is a moral prejudice. The victim's condition or capacity to perceive are, therefore, irrelevant in relation to the right to compensation for the moral prejudice. It may be that the rule is different in the common law; there is no reason, however, to decide this point in the context of this appeal. On the other hand, unlike bodily or material (so-called patrimonial) prejudice, moral (so-called extrapatrimonial) prejudice cannot readily be calculated in monetary terms. That does not mean that it cannot be quantified. In addition, it remains to be seen whether the victim's capacity to perceive has an impact on the determination of the quantum of damages.

(3) Method of Calculating Moral Damages

In calculating compensation, moral prejudice may be addressed in three different manners which, as we shall see, are much more often complementary than opposite: see A. I. Ogus, "Damages for Lost Amenities: for a Foot, a Feeling or a Function?" (1972), 35 *Modern L. Rev.* 1; and A. Wéry, "L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l'arbitraire?", [1986] R.R.A. 355. These are the conceptual, personal and functional approaches, which we shall examine briefly in turn.

naissance, et fait partie du patrimoine de la victime suivant les dispositions de l'art. 607 du Code civil. [En italique dans l'original.]

La conception purement subjective du droit à la réparation du préjudice moral serait totalement incompatible avec ce principe puisque la victime décédée n'est évidemment pas en mesure de profiter des bénéfices de remplacement que peuvent procurer les dommages moraux accordés.

Ainsi, aux fins de la caractérisation de la nature du préjudice moral pour fins d'indemnisation, je suis d'avis, comme le juge Nichols, que la conception purement subjective n'a pas sa place en droit civil puisque les dommages sont recouvrables, non pas parce que la victime pourra en bénéficier, mais plutôt en raison même de l'existence d'un préjudice moral. L'état ou la capacité de perception de la victime ne sont donc pas pertinents quant au droit à la compensation du préjudice moral. Il se peut que la règle diffère en common law; il n'y a pas lieu, toutefois, d'en décider dans le contexte du présent pourvoi. Par ailleurs, contrairement au préjudice corporel ou matériel (dit patrimonial), le préjudice moral (dit extrapatrimonial) n'est pas aisément monnayable. Cela ne veut pas dire qu'il ne soit pas possible de le quantifier. De plus, il reste à voir si la capacité de perception de la victime a un impact sur la détermination du montant de dommages.

(3) La méthode de calcul des dommages moraux

Au niveau du calcul de l'indemnité, on peut aborder le préjudice moral de trois façons différentes, lesquelles, comme nous le verrons, se complètent beaucoup plus qu'elles ne s'opposent: voir A. I. Ogus, «Damages for Lost Amenities: for a Foot, a Feeling or a Function?» (1972), 35 *Modern L. Rev.* 1; et A. Wéry, «L'évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l'arbitraire?», [1986] R.R.A. 355. Il s'agit des approches conceptuelle, personnelle et fonctionnelle, que nous examinerons brièvement tour à tour.

73 The so-called conceptual approach considers the components of a human being to have purely objective value, which is expressed in a specific monetary amount. The major disadvantage of this extremely simple method is that it fails to take into account the victim's specific situation. It has been criticized as being an "unsubtle" solution: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, at p. 261.

74 I would note, however, that in practice, French law has applied this method of evaluation for a very long time: see Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile* (1983), at p. 683; G. Viney, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation* (1992), at pp. 120-21; and M. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel* (12th ed. 1993), at p. 67. In Quebec, moreover, there are abundant examples in the case law where the courts have implicitly used the conceptual approach to calculate the amount of moral damages: see, *inter alia*, *Dugal v. Procureur général du Québec*, [1979] C.S. 617, *rev'd in part* J.E. 82-1169 (C.A.) (amount reduced owing to a change in circumstances); *Bouliane v. Commission scolaire de Charlesbourg*, [1984] C.S. 323, *aff'd* [1987] R.J.Q. 1490 (C.A.) for moral damages; and *Canuel v. Sauvageau*, [1991] R.R.A. 18 (C.A.).

75 Secondly, at the opposite end of the spectrum from the conceptual approach, the personal approach to calculating moral damages makes it possible to determine the compensation that corresponds specifically to the loss suffered by the victim. As Wéry wrote, *supra*, at p. 357, this approach [TRANSLATION] "assigns no objective value to the organs of the human body but rather seeks to evaluate, from a subjective point of view, the pain and inconvenience resulting from the injuries suffered by the victim".

76 The personal approach, which thus declines to standardize the calculation of moral prejudice, is not preferred in Quebec case law when the moral prejudice is serious and calls for payment of the largest possible amount of moral damages. It nonetheless seems to be relevant in the case of an aver-

L'approche dite conceptuelle considère les composantes de l'être humain comme possédant une valeur purement objective, traduite par un montant monétaire spécifique. Cette méthode, d'une grande simplicité, a l'inconvénient majeur de ne pas tenir compte de la situation particulière de la victime. Elle a, en effet, été critiquée comme étant une conception «primitive»: *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, à la p. 261.

Je remarque, toutefois, que le droit français, en pratique, applique cette méthode d'évaluation, et ce, depuis fort longtemps: voir Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile* (1983), à la p. 683; G. Viney, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation* (1992), aux pp. 120 et 121; et M. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel* (12^e éd. 1993), à la p. 67. Au Québec, par ailleurs, la jurisprudence abonde d'exemples où les tribunaux ont utilisé implicitement l'approche conceptuelle afin de calculer le montant des dommages moraux: voir, entre autre, *Dugal c. Procureur général du Québec*, [1979] C.S. 617, *inf. en partie* par J.E. 82-1169 (C.A.) (montant réduit en raison de changement de circonstances); *Bouliane c. Commission scolaire de Charlesbourg*, [1984] C.S. 323, *conf. par* [1987] R.J.Q. 1490 (C.A.) pour les dommages moraux; et *Canuel c. Sauvageau*, [1991] R.R.A. 18 (C.A.).

Deuxièmement, à l'antipode de l'approche conceptuelle, la méthode personnelle de calcul des dommages moraux permet d'évaluer la compensation correspondant spécifiquement à la perte subie par la victime. Comme l'écrit Wéry, *loc. cit.*, à la p. 357, cette approche «n'accorde aucune valeur objective aux organes du corps humain mais s'attache plutôt à évaluer, d'un point de vue subjectif, la douleur et les inconvénients découlant des blessures subies par la victime».

L'approche personnelle, qui refuse donc de standardiser le calcul du préjudice moral, n'est pas favorisée dans la jurisprudence québécoise lorsque le préjudice moral est grave et commande le versement du montant maximal de dommages moraux. Elle semble néanmoins être pertinente dans les cas

age or low degree of prejudice: see *Gingras v. Robin*, J.E. 84-765 (Sup. Ct.); *Bolduc v. Lessard*, [1989] R.R.A. 350 (Sup. Ct.); and *Drolet v. Parenteau*, [1991] R.J.Q. 2956 (Sup. Ct.), aff'd [1994] R.J.Q. 689 (C.A.). There is then a separate evaluation of the various components of the moral prejudice, which is an indication that the personal approach is being applied.

Lastly, the third method of calculating moral damages, adopted as applicable in the factual circumstances of the trilogy *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, *Arnold v. Teno*, *supra*, and *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, *supra*, and in *Lindal v. Lindal*, *supra*, refers to the functional approach. As Dickson J. explained in *Andrews*, this approach seeks to calculate the "physical arrangements which can make [the injured person's] life more endurable . . . accepting that what has been lost is incapable of being replaced in any direct way" (p. 262).

It should be noted that the Quebec courts have not generally applied the functional method. In fact, in most cases, the trier of fact will first determine the quantum of moral damages and then justify it on an annual basis, referring at that point to certain replacement values: see, for example, *Cortese v. Sept-Îles Hélicoptères Services Ltée*, [1983] R.L. 46 (Sup. Ct.); *Bouliane v. Commission scolaire de Charlesbourg*, *supra*; *Perron v. Société des établissements de plein air du Québec*, J.E. 90-721 (Sup. Ct.); and *Marchand v. Champagne*, J.E. 92-429 (Sup. Ct.).

This being said, it is apparent from the case law and literature in Quebec that, in terms of calculating compensation for moral prejudice, the three methods of evaluation described *supra* interact, leaving the courts considerable latitude so that they can reach a reasonable and equitable result. Professor Gardner, *supra*, stated, correctly in my view, the basic rule that applies in this field (at p. 173):

[TRANSLATION] 239 — *Applicable legal rule*. In our view, evaluation of non-pecuniary losses must not be

de préjudices de moyenne et faible importance: voir *Gingras c. Robin*, J.E. 84-765 (C.S.); *Bolduc c. Lessard*, [1989] R.R.A. 350 (C.S.); et *Drolet c. Parenteau*, [1991] R.J.Q. 2956 (C.S.), conf. par [1994] R.J.Q. 689 (C.A.). Il y a, alors, évaluation séparée des diverses composantes du préjudice moral, indice de l'application de l'approche personnelle.

Enfin, la troisième méthode de calcul des dommages moraux, retenue comme applicable dans les circonstances factuelles de la trilogie *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *Arnold c. Teno* et *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, précités, et dans l'arrêt *Lindal c. Lindal*, précité, réfère à l'approche fonctionnelle. Comme l'explique le juge Dickson dans *Andrews*, cette approche cherche à calculer les «moyens matériels de rendre la vie de la victime plus supportable [. . .] puisqu'il faut accepter le fait que cette perte [subie] ne peut en aucune façon être réparée directement» (p. 262).

Force est de constater que, de façon générale, les tribunaux québécois n'ont pas appliqué la méthode fonctionnelle. En fait, dans la plupart des cas, le juge des faits établira d'abord le montant de dommages moraux pour ensuite le justifier sur une base annuelle, en référant alors à certaines valeurs de remplacement: voir, par exemple, *Cortese c. Sept-Îles Hélicoptères Services Ltée*, [1983] R.L. 46 (C.S.); *Bouliane c. Commission scolaire de Charlesbourg*, précité; *Perron c. Société des établissements de plein air du Québec*, J.E. 90-721 (C.S.); et *Marchand c. Champagne*, J.E. 92-429 (C.S.).

Ceci dit, il ressort de la jurisprudence et de la doctrine québécoises qu'en matière de calcul de l'indemnité pour préjudice moral, les trois méthodes d'évaluation ci-dessus exposées interagissent, laissant une marge de manœuvre aux tribunaux pour en arriver à un résultat raisonnable et équitable. Le professeur Gardner, *op. cit.*, exprime correctement, à mon avis, la règle de base applicable dans le domaine (à la p. 173):

239 — *Règle de droit applicable*. À notre avis, l'évaluation des pertes non pécuniaires ne doit pas reposer sur le

77

78

79

based on the prior and exclusive choice of a *method* to evaluation, since those methods (conceptual, personal and functional) are not legal *rules*. The only rule in this respect is the rule that the victim be compensated in a personalized manner for the loss suffered (article 1611 C.C.Q.). [Italics in original; underlining added.]

choix préalable et exclusif d'une *méthode* d'évaluation, puisque ces méthodes (conceptuelle, personnelle et fonctionnelle) ne constituent pas des *règles* de droit. La seule règle en la matière est celle qui exige d'indemniser la perte subie par la victime de façon personnalisée (article 1611 C.c.Q.). [En italique dans l'original; je souligne.]

80 I entirely concur in this view. Thus, in Quebec civil law the three approaches to calculating the amount necessary to compensate for moral prejudice — that is, the conceptual, personal and functional approaches — apply jointly, and thereby encourage a personalized evaluation of the moral prejudice. In fact, this appears to me to be the best solution in a field in which exact quantification of the prejudice suffered is extremely difficult because of the qualitative nature of that prejudice.

Je souscris entièrement à ce point de vue. Ainsi, en droit civil québécois, les trois méthodes de calcul du montant nécessaire pour compenser le préjudice moral — soit les approches conceptuelle, personnelle et fonctionnelle — s'appliquent conjointement, favorisant ainsi l'évaluation personnalisée du préjudice moral. De fait, ceci m'apparaît la meilleure solution dans un domaine où la quantification exacte du préjudice subi, en raison de son caractère qualitatif, est extrêmement difficile.

81 Consequently, I am of the opinion that the functional approach, as defined in the trilogy and in *Lindal v. Lindal, supra*, is appropriate in Quebec civil law, not for the purpose of determining the right to compensation for moral damage, but rather with respect to calculating the amount of moral damages.

En conséquence, je suis d'avis que l'approche fonctionnelle, telle que définie dans la trilogie ainsi que dans l'arrêt *Lindal c. Lindal*, précité, est pertinente en droit civil québécois, non pas pour déterminer le droit à la compensation pour dommages moraux, mais plutôt en ce qui a trait au calcul du montant de dommages moraux.

82 In the case before us, consequently, the Court of Appeal was correct to reject the appellants' argument that the condition of the patients of the Hospital, or their capacity to perceive, was of some relevance in this case. Moreover, in terms of the calculation of moral damages, the trial judge properly took into account a panoply of factors in this respect, considerations that included all of the conceptual, personal and functional approaches. This being said, was the quantum of moral damages awarded appropriate?

Dans le cas qui nous intéresse, la Cour d'appel était, en conséquence, bien fondée à rejeter l'argument des appelants voulant que l'état ou la capacité de perception des bénéficiaires de l'Hôpital avaient une quelconque pertinence en l'espèce. Par ailleurs, en ce qui concerne le calcul des dommages moraux, le premier juge a, à juste titre, tenu compte d'une panoplie de facteurs à cet égard, considérations relevant à la fois de la méthode conceptuelle, personnelle et fonctionnelle. Ceci dit, le montant de dommages moraux octroyé était-il approuvé?

(4) The Quantum of Moral Damages

(4) Le montant des dommages moraux

83 The appellants contended that the compensation awarded by the trial judge in this respect was patently excessive. The respondent, for his part, stressed that while the quantum of moral damages appeared to the Court of Appeal to be generous, it

Les appelants soutiennent que l'indemnité accordée par le juge du procès à ce titre est nettement exagérée. L'intimé souligne, quant à lui, que le montant des dommages moraux, s'il est apparu généreux aux yeux de la Cour d'appel, n'a pas

was certainly not considered to be unreasonable to the point that the intervention of that court was warranted.

The test for the intervention of an appellate court in this field is very strict and gives preference to the evaluation done by the trier of fact, as set out in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, at p. 235:

Let me say in introduction what has been said many times before, that no appellate court is justified in substituting a figure of its own for that awarded at trial simply because it would have awarded a different figure if it had tried the case at first instance. It must be satisfied that a wrong principle of law was applied, or that the overall amount is a wholly erroneous estimate of the damage; *Nance v. B.C. Electric Railway Co.* [[1951] A.C. 601]. [Emphasis added.]

Contrary to the appellants' arguments, the subjective nature of moral prejudice does not in itself constitute grounds for intervening. This Court has in fact pointed this out on several occasions (see the trilogy and *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, *supra*) and, as I mentioned earlier, because of the nature of the prejudice, the quantum of moral damages cannot be determined exactly.

In the case at bar, the moral damages awarded by the trial judge were the result of a meticulous examination of the evidence and the appellants have demonstrated no error in this respect. The evidence must be examined as a whole, and not by quoting passages out of context. Nor have the appellants demonstrated any error on the part of the trial judge, and in my view the Court of Appeal rightly declined to intervene to vary the trial judgment with regard to this head of damages.

Lastly, we must dispose of the appellants' argument that no compensation should be allowed since, it seems, the moral damages awarded will not increase the victims' patrimony. Given that most patients of the hospital receive social assistance when they own less than \$1,500, the appellants argued that the compensation will deprive

pour autant été jugé déraisonnable au point de justifier son intervention.

Le critère d'intervention d'une cour d'appel dans ce domaine est très sévère et privilégie l'évaluation du juge des faits, tel qu'exprimé dans *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, à la p. 235:

En guise d'introduction, il convient de rappeler qu'aucune cour d'appel n'est fondée à modifier le montant des dommages-intérêts accordés en première instance simplement parce qu'elle aurait alloué un montant différent si elle avait entendu l'affaire en premier lieu. Elle doit être convaincue que le juge de première instance a commis une erreur de principe ou que la somme accordée est le résultat d'une erreur sérieuse dans l'évaluation du préjudice; *Nance v. B.C. Electric Railway Co.* [[1951] A.C. 601]. [Je souligne.]

La nature subjective du préjudice moral, contrairement aux prétentions des appelants, ne constitue pas, par lui-même, un motif d'intervention. En fait, notre Cour l'a souligné à plusieurs reprises (voir la trilogie de même que *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, précité), et j'en faisais d'ailleurs mention précédemment, le montant de dommages moraux, de par la nature du préjudice, ne peut être déterminé de façon exacte.

En l'espèce, les dommages moraux accordés par le juge de première instance résultent d'une appréciation méticuleuse de la preuve et les appelants n'ont pas démontré d'erreur à cet égard. La preuve doit être examinée dans son entier et non pas en citant des extraits hors contexte. Les appelants n'ont pas non plus démontré d'erreur de principe de la part du premier juge et c'est à bon droit, à mon avis, que la Cour d'appel n'est pas intervenue pour modifier le jugement de première instance quant à ce chef de dommages.

En dernier lieu, il faut disposer de l'argument des appelants selon lequel aucune indemnisation ne devrait être permise puisque, semble-t-il, les dommages moraux accordés n'augmenteront pas le patrimoine des victimes. Étant donné que la plupart des bénéficiaires de l'Hôpital reçoivent de l'assistance sociale lorsqu'ils possèdent moins de

84

85

86

87

them of that assistance and will in fact only benefit the government. This argument must be rejected at once, since, as long as there is no duplication in compensation, courts should not have regard to the effect of an award of damages on the recipient's patrimony. In addition, such an analysis would be merely hypothetical in most cases.

88 Consequently, this Court should not intervene with regard to the issue of compensation for the moral prejudice. On the other hand, the trial judge did not award exemplary damages and the Court of Appeal concluded that he had erred on that point. It is this question that remains to be examined.

C. Exemplary Damages under the Charter

89 The trial judge declined to award exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* since, in his view, the nature of the prejudice did not make this remedy available. The majority of the Court of Appeal believed, in contrast, that the numerous and varying inconveniences engendered by the strikes not only constituted a compensable moral prejudice under the general rules of civil liability (art. 1053 *C.C.L.C.*), but directly interfered with the fundamental rights guaranteed by ss. 1 and 4 of the *Charter*, thereby making available the exemplary remedy contemplated in the second paragraph of s. 49.

90 The appellants objected to the manner in which the majority of the Court of Appeal characterized the facts, and contended that that court erred in finding that there had been an unlawful and intentional interference with the inviolability and dignity of the patients of the Hospital. Under this heading, we must examine two aspects of the decision of the Court of Appeal: whether there has been an unlawful interference with a right guaranteed by the *Charter*, and whether that interference was intentional.

1 500 \$, les appelants prétendent que l'indemnité les privera de cette assistance et ne profitera, en fait, qu'au gouvernement. Cet argument doit être rejeté d'emblée puisque, en autant qu'il n'y ait pas double compensation, il n'appartient pas aux tribunaux de prendre en considération l'effet de l'octroi de dommages sur le patrimoine du récipiendaire. De plus, une telle analyse ne serait qu'hypothétique la plupart du temps.

En conséquence, il n'y a pas lieu pour notre Cour d'intervenir quant à la question de l'indemnisation du préjudice moral. Par ailleurs, le juge du procès n'a pas accordé de dommages exemplaires et la Cour d'appel a conclu qu'il avait erré à cet égard. Il s'agit là de la question qu'il nous reste à examiner.

C. Les dommages exemplaires en vertu de la Charte

Le juge de première instance a refusé d'accorder des dommages exemplaires aux termes du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* puisque, selon lui, la nature du préjudice ne donnait pas ouverture à ce redressement. La Cour d'appel, à la majorité, a plutôt considéré que les nombreux et divers inconvénients auxquels les grèves ont donné lieu, non seulement constituaient un préjudice moral indemnisable sous le régime général de responsabilité civile (art. 1053 *C.c.B.C.*), mais portaient également atteinte aux droits fondamentaux garantis par les art. 1 et 4 de la *Charte*, donnant ouverture au redressement de nature exemplaire prévu au second alinéa de l'art. 49.

Les appelants s'opposent à la caractérisation des faits par la majorité de la Cour d'appel et soutiennent qu'elle a erré en concluant à une atteinte illícite et intentionnelle à l'intégrité et à la dignité des bénéficiaires de l'Hôpital. Sous cette rubrique, nous devons examiner deux aspects de la décision de la Cour d'appel, soit l'existence d'une atteinte illícite à un droit garanti par la *Charte* et, d'autre part, le caractère intentionnel de cette atteinte.

(1) Unlawful Interference

It is a good idea at the outset, when interpreting the *Charter*, to point out the importance of keeping in mind the principles of interpretation that apply to legislation concerning human rights and freedoms. In *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, *supra*, I reviewed those rules (at paras. 42 and 45):

The *Charter* is not an ordinary statute implemented by the Quebec legislature in the same way as any other enactment. Rather, it has a special status: it is a fundamental, quasi-constitutional statute of public order that must be given a large and liberal interpretation in order to achieve the general purposes underlying it as well as the specific objectives of its particular provisions.

. . .

Moreover, not only does the nature of this human rights and freedoms legislation call for a large and liberal interpretation, but s. 53 of the *Charter* also provides that “[i]f any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the Charter”. This provision has been relied upon to ensure that statutes are interpreted in a manner consistent with the rights guaranteed in the *Charter*: see *Thibault v. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, *supra*; and *Syndicat national des employés de l’Institut Doréa (C.S.N.) v. Conseil des services essentiels*, [1987] R.J.Q. 925 (Sup. Ct.); see also Côté, [*The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)], at p. 311.

The two provisions that we must construe are ss. 1 and 4 of the *Charter*, which I shall reproduce here for ease of reference:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

The task of defining the concepts of “inviolability” and “dignity” is made particularly difficult by the fact that the Quebec courts seem to have paid little attention to their interpretation. In fact, courts

(1) L’atteinte illicite

Au départ, il est bon, dans le cadre de l’interprétation de la *Charte*, de souligner l’importance de garder à l’esprit les principes d’interprétation applicables en matière de lois sur les droits et libertés de la personne. Dans l’affaire *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, précitée, j’ai rappelé ces règles (aux par. 42 et 45):

La *Charte* n’est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que n’importe quel autre texte législatif. Il s’agit plutôt d’une loi bénéficiant d’un statut spécial, d’une loi fondamentale, d’ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu’elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières.

. . .

Par ailleurs, non seulement la nature de cette loi relative aux droits et libertés de la personne commande-t-elle une interprétation large et libérale, mais l’art. 53 de la *Charte* précise, de plus, que «[s]i un doute surgit dans l’interprétation d’une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte». Cette disposition a été utilisée afin de favoriser une interprétation des lois qui se concilie avec les droits garantis par la *Charte*: voir *Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, précité, et *Syndicat national des employés de l’Institut Doréa (C.S.N.) c. Conseil des services essentiels*, [1987] R.J.Q. 925 (C.S.); voir également Côté, [*Interprétation des lois* (2^e éd. 1990)], à la p. 351.

Les deux dispositions qu’il nous faut interpréter sont les art. 1 et 4 de la *Charte*, qu’il y a lieu de reproduire ici par souci de commodité:

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu’à la sûreté, à l’intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

La définition des concepts d’«intégrité» et de «dignité» est rendue d’autant plus difficile que la jurisprudence québécoise semble s’être bien peu attardée sur leur interprétation. De fait, les tribu-

91

92

93

have often simply concluded, without further discussion, that there had or had not been interference with those rights. See, concerning the right to inviolability, *Institut Philippe Pinel de Montréal v. Dion*, [1983] C.S. 438; *Jobin v. Ambulance Ste-Catherine J.-C. Inc.*, [1992] R.J.Q. 56 (Sup. Ct.); and *Proulx v. Viens*, [1994] R.J.Q. 1130 (C.Q.). See also, on the protection of dignity, *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.), and *Commission des droits de la personne du Québec v. Lemay*, [1995] R.J.Q. 1967 (H.R.T.).

naux se sont souvent limités à conclure, sans autrement élaborer, à l'existence ou à l'absence d'une atteinte à ces droits. Voir, quant au droit à l'intégrité, *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438; *Jobin c. Ambulance Ste-Catherine J.-C. Inc.*, [1992] R.J.Q. 56 (C.S.); et *Proulx c. Viens*, [1994] R.J.Q. 1130 (C.Q.). Voir également, relativement à la sauvegarde de la dignité, *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.), et *Commission des droits de la personne du Québec c. Lemay*, [1995] R.J.Q. 1967 (T.D.P.).

94 In the discussion that follows, I shall attempt to provide some guidance as to the interpretation of the concepts of "inviolability" and "dignity" and to determine whether those rights were violated in the case at bar.

Je tenterai, dans la discussion qui suit, d'étayer quelque peu l'interprétation de ces notions d'«intégrité» et de «dignité» et de déterminer s'il y a eu violation de ces droits en l'espèce.

(a) *Personal Inviolability*

a) *L'intégrité de la personne*

95 Section 1 of the *Charter* guarantees the right to personal "inviolability". The majority of the Court of Appeal was of the opinion, contrary to the trial judge's interpretation, that the protection afforded by s. 1 of the *Charter* extends beyond physical inviolability. I agree. The statutory amendment enacted in 1982 (see *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, in force at the time this cause of action arose) which, *inter alia*, deleted the adjective "*physique*", in the French version, which had previously qualified the expression "*intégrité*" (inviolability), clearly indicates that s. 1 refers inclusively to physical, psychological, moral and social inviolability. The question is rather one of determining what the concept of "inviolability" must be understood to mean.

L'article 1 de la *Charte* garantit le droit à l'«intégrité» de la personne. La majorité de la Cour d'appel a été d'avis, contrairement à l'interprétation du premier juge, que la protection de l'art. 1 de la *Charte* s'étend au-delà de l'intégrité physique. Je suis d'accord. En effet, la modification législative effectuée en 1982 (voir la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, ch. 61, en vigueur lors du présent litige), qui a, *inter alia*, supprimé l'adjectif «physique» qui qualifiait auparavant le terme «intégrité», indique clairement que l'art. 1 vise à la fois l'intégrité physique, psychologique, morale et sociale. La question est plutôt de déterminer ce qu'il faut entendre par la notion d'«intégrité».

96 The *Petit Robert 1* (1989) defines the word "*intégrité*" as follows, at p. 1016: [TRANSLATION] "1 (1530). Condition of a thing that has remained intact. See **Intégralité, plénitude, totalité**. *The integrity of a whole, of an entire thing. Integrity of a work. "The integrity of the organism is essential to the manifestations of consciousness" (CARREL). The integrity of the territory. REM. Integrity is more qualitative than integrality, which is generally reserved for that which is measurable*".

Le *Petit Robert 1* (1989), à la p. 1016, définit ainsi le mot «intégrité»: «1° (1530). État d'une chose qui est demeurée intacte. **V. Intégralité, plénitude, totalité**. *L'intégrité d'un tout, d'un ensemble. Intégrité d'une œuvre. «L'intégrité de l'organisme est indispensable aux manifestations de la conscience» (CARREL). L'intégrité du territoire. REM. Intégrité est plus qualitatif qu'intégralité, réservé généralement à ce qui est mesurable*». Au regard de cette définition, la Cour supérieure a

Having regard to this definition, the Superior Court made the following comments in *Viau v. Syndicat canadien de la fonction publique*, [1991] R.R.A. 740, at p. 745:

[TRANSLATION] When applying this concept to persons, we find that it is a threshold of moral damages below which there is no interference with personal inviolability. This threshold will be exceeded when the interference has left the victim less complete or less intact than he or she previously was. This diminished condition must also be of some lasting, if not permanent nature. [Emphasis added.]

This approach to the interpretation of the concept of inviolability set out in s. 1 of the *Charter* appears to me to be appropriate. The common meaning of the word “inviolability” suggests that the interference with that right must leave some marks, some sequelae which, while not necessarily physical or permanent, exceed a certain threshold. The interference must affect the victim’s physical, psychological or emotional equilibrium in something more than a fleeting manner. Moreover, the objective of s. 1, as it is worded, makes it much more similar to a guarantee of inviolability of the person and, accordingly, to protection against the certain consequences of the violation.

The evidence in this case, as the trial judge pointed out, did not establish that the patients of the Hospital suffered any permanent prejudice giving rise to psychological or medical sequelae: that is, it did not establish that the patients’ condition deteriorated in any noticeable way as a result of the strike. Rather, the trial judge concluded that there had been prejudice in the nature of temporary discomfort, which he characterized as [TRANSLATION] “minor psychological distress”. Despite the fact that the majority of the Court of Appeal reached the opposite conclusion, I find it difficult in the circumstances to see anything in the trial judge’s characterization of the prejudice, which I accept as proved, that amounts to interference with the right to personal inviolability guaranteed by s. 1 of the *Charter*.

fait les commentaires suivants dans *Viau c. Syndicat canadien de la fonction publique*, [1991] R.R.A. 740, à la p. 745:

En appliquant cette notion aux personnes, on constate qu’il est un seuil de dommages moraux en deçà duquel l’intégrité de la personne n’est pas atteinte. On passera ce seuil lorsque l’atteinte aura laissé la victime moins complète ou moins intacte qu’elle ne l’était auparavant. Cet état diminué doit également avoir un certain caractère durable, sinon permanent. [Je souligne.]

Cette orientation donnée à l’interprétation de la notion d’intégrité prévue à l’art. 1 de la *Charte* m’apparaît appropriée. Le sens courant du mot «intégrité» laisse sous-entendre que l’atteinte à ce droit doit laisser des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil. L’atteinte doit affecter de façon plus que fugace l’équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime. D’ailleurs, l’objectif de l’art. 1, tel que formulé, le rapproche plutôt d’une garantie d’invulnérabilité de la personne et, par conséquent, d’une protection à l’endroit des conséquences définitives de la violation.

La preuve en l’instance, comme l’a précisé le juge de première instance, n’a pas démontré que les bénéficiaires de l’Hôpital aient subi un préjudice permanent, donnant lieu à des séquelles d’ordre psychologique ou médical. Il n’a pas été établi, en effet, que l’état des bénéficiaires s’était détérioré d’une façon notable suite à la grève. Le juge du procès a plutôt conclu à un préjudice d’inconfort temporaire, qu’il a qualifié de «détresse psychologique mineure». Malgré la conclusion au contraire de la majorité de la Cour d’appel, il m’est difficile, dans ces circonstances, de voir dans cette caractérisation du préjudice par le premier juge, que j’accepte comme prouvée, une atteinte au droit à l’intégrité de la personne garanti à l’art. 1 de la *Charte*.

(b) *Personal Dignity*

99 For its part, s. 4 of the *Charter* enshrines the right to the safeguard of personal dignity. This provision seems to have been cited mainly in defamation cases: see, *inter alia*, *Dubois v. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1983] C.A. 247; *Blanchet v. Corneau*, [1985] C.S. 299; *Scotia McLeod Inc. v. Champagne*, [1989] R.J.Q. 1845 (Sup. Ct.); and *Desrosiers v. Groupe Québecor Inc.*, [1994] R.R.A. 111 (Sup. Ct.). The component of this right that relates to personal dignity in the context of this case has been left largely unexplored.

100 In addition to being a right specifically protected by s. 4 of the *Charter*, dignity is, having regard to the preamble to the *Charter*, a value that underlies the rights and freedoms guaranteed therein:

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

See also article 1 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), which provides that all human beings are born free and equal in dignity and in rights.

101 In the *Petit Robert 1*, at p. 541, the expression “*dignité*” is defined as follows: [TRANSLATION] “1 Respect merited by someone. *Dignity of man compared with other beings*. See **Grandeur, noblesse**. *Principle of the dignity of the human person*: which holds that a human being must be treated as an end in himself or herself. ‘*All of the dignity of man lies in thought*’ (PASC.). ‘*The only dignity of man: the tenacious revolt against his condition*’ (CAMUS). 2 Self-respect. See **Amour-propre, fierté, honneur**. *To have dignity. To lack dignity. ‘His haughty dignity that . . . kept him honest and solitary’* (LOTI)”. It is in these two senses, which could be characterized as internal and external, that we must understand “*dignity*” within the meaning of the *Charter*, which itself makes no distinction.

b) *La dignité de la personne*

L’article 4 de la *Charte*, quant à lui, consacre le droit à la sauvegarde de la dignité de la personne. Cette disposition semble avoir surtout été invoquée dans le cadre d’affaires de diffamation: voir, entre autres, *Dubois c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1983] C.A. 247; *Blanchet c. Corneau*, [1985] C.S. 299; *Scotia McLeod Inc. c. Champagne*, [1989] R.J.Q. 1845 (C.S.); et *Desrosiers c. Groupe Québecor Inc.*, [1994] R.R.A. 111 (C.S.). La composante du droit ayant trait à la dignité de la personne dans le contexte de la présente affaire reste largement inexplorée.

En plus de constituer un droit protégé spécifiquement à l’art. 4 de la *Charte*, la dignité constitue, compte tenu du préambule de la *Charte*, une valeur sous-jacente aux droits et libertés qui y sont garantis:

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Voir également l’article premier de la *Déclaration universelle des droits de l’Homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), qui énonce que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.

Au *Petit Robert 1*, à la p. 541, le terme *dignité* y est défini comme suit: «1^o Respect que mérite qq. *Dignité de l’homme comparé aux autres êtres*. V. **Grandeur, noblesse**. *Principe de la dignité de la personne humaine*: selon lequel un être humain doit être traité comme une fin en soi. «*Toute la dignité de l’homme est en la pensée*» (PASC.). «*La seule dignité de l’homme: la révolte tenace contre sa condition*» (CAMUS). 2^o Respect de soi. V. **Amour-propre, fierté, honneur**. *Avoir de la dignité. Manquer de dignité*. «*Sa dignité hautaine qui . . . l’avait maintenue honnête et solitaire*» (LOTI)». Ce sont dans ces deux sens, que l’on pourrait qualifier d’interne et d’externe, qu’il faut entendre la *dignité* au sens de la *Charte* qui, elle, ne fait pas de distinction.

The concept of “dignity” has been explored in the context of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the opinion of the appellants, given that the decisions under the *Canadian Charter* refer to “human dignity” and the *Quebec Charter* refers only to “dignity”, we cannot draw any analogy between these two concepts. This argument is without any merit. Section 4 of the *Quebec Charter* provides that “[e]very person has a right to the safeguard of his dignity” (emphasis added). The dignity to which s. 4 refers cannot be anything other than “personal dignity”, that is, in other words “human dignity”.

The concept of human dignity was interpreted in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, which dealt with the right to life, liberty and security of the person, a right guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter*. Madam Justice Wilson provided the following definition of that right (at p. 166):

The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*. Individuals are afforded the right to choose their own religion and their own philosophy of life, the right to choose with whom they will associate and how they will express themselves, the right to choose where they will live and what occupation they will pursue. These are all examples of the basic theory underlying the *Charter*, namely that the state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible, will avoid subordinating these choices to any one conception of the good life.

See also *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at p. 1179, per Cory J.

In *Commission des droits de la personne du Québec v. Lemay*, *supra*, the Quebec Human Rights Tribunal correctly, in my view, stated the essence of the right to the safeguard of personal dignity (at p. 1972):

[TRANSLATION] Consequently, every human being has intrinsic value which makes him or her worthy of respect. For the same reason, every human being is entitled to recognition of the rights and freedoms of the person and to the fully equal exercise thereof. [Emphasis added.]

La notion de «dignité» a déjà été explorée aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon les appelants, vu que les décisions fondées sur la *Charte* canadienne réfèrent à la «dignité humaine» et la *Charte* québécoise uniquement à la «dignité», on ne saurait faire d'analogie entre ces deux concepts. Cet argument est sans mérite aucun. L'article 4 de la *Charte* québécoise stipule que «[t]oute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité» (je souligne). La dignité à laquelle réfère l'art. 4 ne peut être autre chose que la «dignité de la personne», soit, en d'autres mots, la «dignité humaine».

Cette notion de dignité humaine a été interprétée dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, qui avait trait au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, droit garanti à l'art. 7 de la *Charte* canadienne. Madame le juge Wilson en donne la définition suivante (à la p. 166):

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien.

Voir également *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, à la p. 1179, le juge Cory.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec, dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Lemay*, précité, exprime correctement, à mon avis, l'essence du droit à la sauvegarde de la dignité de la personne (à la p. 1972):

En conséquence, chaque être humain possède une valeur intrinsèque qui le rend digne de respect. Pour la même raison, chaque être humain a droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne. [Je souligne.]

102

103

104

105 Having regard to the manner in which the concept of personal "dignity" has been defined, and to the principles of large and liberal construction that apply to legislation concerning human rights and freedoms, I believe that s. 4 of the *Charter* addresses interferences with the fundamental attributes of a human being which violate the respect to which every person is entitled simply because he or she is a human being and the respect that a person owes to himself or herself.

106 Moreover, in my opinion, because of the underlying concept of respect, the right to personal dignity, unlike the concept of inviolability, does not require that there be permanent consequences in order for interference with that right to be found. Thus, even a temporary interference with a fundamental attribute of a human being would violate s. 4 of the *Charter*. This interpretation is also based on the nature of the other rights protected by s. 4 — honour and reputation: *noscitur a sociis*. It is not necessarily a requirement, in order for there to be a violation of these guarantees, that there be permanent effects, although the effects may be permanent.

107 In the case before us, it appears to me that the majority of the Court of Appeal properly pointed out that, in considering the situation of the mentally disabled, the nature of the care that is normally provided to them is of fundamental importance. We cannot ignore the fact that the general objective of the services provided at the Hospital goes beyond meeting the patients' primary needs (see *Commission des droits de la personne v. Coutu*, [1995] R.J.Q. 1628 (H.R.T.), at pp. 1652-53). This is apparent from, *inter alia*, the legislator's intention (see *An Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2) and the fact that there is a certain level of social consensus concerning what sort of support services are required in order for the needs of these people to be met.

108 This being said, the fact that some patients have a low level of awareness of their environment because of their mental condition may undoubtedly influence their own conception of dignity. As Fish J.A. observed, however, when we are dealing with

À la lumière de la définition donnée à la notion de «dignité» de la personne et des principes d'interprétation large et libérale en matière de lois sur les droits et libertés de la personne, j'estime que l'art. 4 de la *Charte* vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même.

Par ailleurs, contrairement au concept d'intégrité, à mon avis, le droit à la dignité de la personne, en raison de sa notion sous-jacente de respect, n'exige pas l'existence de conséquences définitives pour conclure qu'il y a eu violation. Ainsi, une atteinte même temporaire à une dimension fondamentale de l'être humain violerait l'art. 4 de la *Charte*. Cette interprétation s'appuie également sur la nature des autres droits protégés à l'art. 4, soit l'honneur et la réputation: *noscitur a sociis*. En effet, la violation de ces garanties ne requiert pas nécessairement qu'il existe des effets de nature permanente quoique ceux-ci puissent l'être.

Dans le cas qui nous intéresse, la majorité de la Cour d'appel me paraît avoir relevé, avec raison, qu'en ce qui concerne la situation des déficients mentaux, la nature des soins qui leur sont normalement prodigués revêt une importance fondamentale. On ne saurait ignorer, en effet, que l'objectif général des services offerts à l'Hôpital dépasse la satisfaction des besoins primaires des bénéficiaires (voir *Commission des droits de la personne c. Coutu*, [1995] R.J.Q. 1628 (T.D.P.), aux pp. 1652 et 1653). Ceci témoigne, entre autres, de l'intention du législateur (voir la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2) et de l'existence d'un certain consensus social en ce qui a trait à l'encadrement requis pour que les besoins de ces personnes soient satisfaits.

Ceci dit, la faible conscience que certains bénéficiaires avaient de leur environnement en raison de leur condition mentale peut sans doute influencer la conception qu'eux-mêmes se font de la dignité. Comme l'observe le juge Fish, cependant,

a document of the nature of the *Charter*, it is more important that we turn our attention to an objective appreciation of dignity and what that requires in terms of the necessary care and services. In the case at bar, I believe that the trial judge's findings of fact indicate, beyond a shadow of a doubt, that, although the discomfort suffered by the patients of the Hospital was transient, it constituted interference with the safeguard of their dignity, a right guaranteed by s. 4 of the *Charter*, despite the fact that, as the trial judge noted, these patients might have had no sense of modesty.

Consequently, the majority of the Court of Appeal was correct in concluding that the numerous and varying inconveniences engendered by the illegal strikes not only constituted a moral prejudice under the general rules of civil liability, but also interfered with a right guaranteed by the *Charter*. Moreover, that interference is unlawful within the meaning of s. 49 of the *Charter* since the prejudice suffered by the patients was caused by conduct in the nature of a fault within the meaning of art. 1053 C.C.L.C. (see *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, *supra*, at para. 120, per Gonthier J.; see also P. Roy, "La difficile intégration du concept de dommages exemplaires en droit québécois", in *Responsabilité civile et les dommages (en constante évolution)* (1990), at pp. 29-31).

What now remains to be determined is whether the interference with the right to personal dignity was also intentional, so that the exemplary remedy set out in the second paragraph of s. 49 of the *Charter* would be available.

(2) Intentional Interference

The issue here is what the expression "unlawful and intentional interference" with a protected right, as it is used in the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, means for the purposes of the exemplary damages contemplated in that section. The judgments of the Quebec Court of Appeal on this point are somewhat inconsistent, and essentially there seem to be two trends of thought (see in this regard P. Roy's remarkably thorough doctoral thesis, *Les*

en présence d'un document de la nature de la *Charte*, il est plus important de s'attarder à une appréciation objective de la dignité et de ses exigences quant aux soins et services requis. En l'espèce, j'estime que les conclusions de fait du juge de première instance indiquent, sans l'ombre d'un doute, que l'inconfort souffert par les bénéficiaires de l'Hôpital, bien que provisoire, constitue une atteinte à la sauvegarde de leur dignité, droit garanti à l'art. 4 de la *Charte*, en dépit du fait que note le premier juge, que ces patients pouvaient ne pas avoir de sentiment de pudeur.

En conséquence, la majorité de la Cour d'appel était bien fondée à conclure que les nombreux et divers inconvénients auxquels les grèves illégales ont donné lieu, non seulement constituaient un préjudice moral sous le régime général de responsabilité civile, mais portaient aussi atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Par ailleurs, cette atteinte est illicite au sens de l'art. 49 de la *Charte* puisque le préjudice souffert par les bénéficiaires a été causé par un comportement fautif aux termes de l'art. 1053 C.c.B.C. (voir *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, précité, au par. 120, le juge Gonthier; voir également P. Roy, «La difficile intégration du concept de dommages exemplaires en droit québécois», dans *Responsabilité civile et les dommages (en constante évolution)* (1990), aux pp. 29 à 31).

Il reste maintenant à déterminer si l'atteinte au droit à la dignité de la personne était également intentionnelle donnant ouverture au redressement de nature exemplaire prévu au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*.

(2) L'atteinte intentionnelle

La question, ici, est de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression «atteinte illicite et intentionnelle» à un droit garanti, utilisée au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, aux fins des dommages exemplaires y prévus. La jurisprudence de la Cour d'appel du Québec à ce sujet est quelque peu contradictoire et, essentiellement, deux courants semblent s'en dégager (voir, à ce sujet, la thèse de doctorat remarquablement fouillée de P. Roy, *Les*

109

110

111

dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile (1995), vol. II, at pp. 388-408). As a first step, it is appropriate to review these judicial approaches.

112

The first approach treats unlawful and intentional interference under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, *inter alia*, as if it were gross fault, as that concept is traditionally defined in the civil law (see, for example, art. 1474 C.C.Q.). In *West Island Teachers' Association v. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.), Chevalier J. (*ad hoc*) proposed the following definition of the concept of intentional interference (at p. 1574):

[TRANSLATION] Unlawful interference with one of the rights recognized by the Charter is a delict. In order to be intentional, it must be committed in circumstances which indicate a determined intent to cause the damage resulting from the violation. That intent may take a number of forms. It could appear from a finding that the fault committed is gross to the point that the mind cannot imagine that the person who committed it could have failed to realize from the outset that it would produce the harmful consequences that resulted from it. Fault is also intentional if it is the result of wild and foolhardy recklessness in disregard for the rights of others, with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her action will cause to the victim. [Emphasis added.]

113

The second conception requires evidence that the person responsible for the unlawful interference clearly intended the consequences of his or her wrongful conduct. In *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) v. Alvetta-Comeau*, *supra*, Baudouin J.A. adopted this approach (at p. 136):

[TRANSLATION] The legislator's use of the adjective "intentional" seems to me to indicate that the legislator did not intend to refer simply to gross fault, but on the contrary, required that the intended, conscious and deliberate nature of the act committed be shown. Thus, it is the minds of the persons who committed the fault that must be scrutinized in order to assess this second criterion. The evidence shows that there was a calculated, firm intention to harm the respondents. . . . [Emphasis added.]

dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile (1995), t. II, aux pp. 388 à 408). Il y a lieu, dans un premier temps, d'examiner ces fondements juridiques.

La première approche assimile l'atteinte illicite et intentionnelle du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, entre autres, à la faute lourde, telle que traditionnellement définie en droit civil (voir, par exemple, l'art. 1474 C.c.Q.). Dans l'arrêt *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.), le juge Chevalier (*ad hoc*) propose la définition suivante de la notion d'atteinte intentionnelle (à la p. 1574):

L'atteinte illicite à un des droits reconnus par la charte est un délit. Pour être intentionnel, il faut qu'il soit commis dans des circonstances qui indiquent une volonté déterminée de causer le dommage résultant de la violation. Cette volonté peut se manifester de plusieurs façons. Elle est susceptible d'apparaître par suite de la constatation que la faute commise est lourde ou grossière au point que l'esprit ne saurait s'imaginer que celui qui l'a commise ne pouvait pas ne pas se rendre compte au départ qu'elle produirait les conséquences préjudiciables qui en ont été la suite. La faute est également intentionnelle si elle provient d'une insouciance déréglée et téméraire du respect du droit d'autrui, en parfaite connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables que son geste va causer à sa victime. [Je souligne.]

La seconde conception, quant à elle, requiert la preuve que l'auteur de l'atteinte illicite ait clairement voulu les conséquences de son comportement fautif. Dans l'arrêt *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) c. Alvetta-Comeau*, précité, le juge Baudouin épouse cette approche (à la p. 136):

L'emploi de l'adjectif «intentionnelle» par le législateur me semble indiquer qu'il ne veut pas se contenter simplement d'une faute lourde, mais qu'il exige, au contraire, de démontrer le caractère voulu, conscient, délibéré de l'acte posé. C'est donc l'esprit même des auteurs de la faute qu'il faut scruter pour évaluer ce second critère. Or, la preuve montre une intention calculée et arrêtée de nuire aux intimés . . . [Je souligne.]

After the Court of Appeal rendered its decision in the instant case, it again ruled on this question, in *Augustus v. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335 (judgment on the appeal to this Court rendered concurrently with this judgment ([1996] 3 S.C.R. 268). After reiterating what Baudouin J.A. said in *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) v. Alvetta-Comeau*, *supra*, Deschamps J.A., writing for the majority, stated that in order for unlawful interference to be intentional, it must not result from the mere negligence or recklessness of the person responsible, but rather must occur in circumstances indicating a determined intent to cause prejudice. She wrote (at pp. 372-73):

[TRANSLATION] [Baudouin J.A.'s interpretation in *Alvetta-Comeau*] seems to me to be the only one that can be accepted, having regard to the historical context and the specific nature of the civil law. The legislator has chosen to make only truly intentional interference subject to exemplary damages and the fact that reckless or negligent interference was not included, regardless of the gravity of the recklessness or negligence, must surely also be by choice. The distinction cannot have escaped the legislator, and I must respect that distinction.

In some situations, the intention to commit the interference with a right protected by the Charter may be immediately apparent from the deliberate nature of the act committed. Thus in both *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. v. Alvetta-Comeau* and *West Island Teachers' Association v. Nantel*, it was apparent that the purpose of the intentional acts of the union representatives was to interfere with the protected rights of the dissident union members.

Similarly, in *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand v. Curateur public du Québec*, the union members knew that the deprivation of services would cause inconvenience to the patients; while this was a way for them to put pressure on the employer, nonetheless the consequence of the acts committed, the interference with the protected right, was intended.

Having regard to this context, I do not believe that section 49 paragraph 2 of the Charter leaves any room for the introduction of the concept of recklessness which the trial judge seems to have applied. [Emphasis added.]

La Cour d'appel, subséquemment à la présente affaire, s'est à nouveau prononcée sur cette question dans l'arrêt *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, dont l'appel devant notre Cour fait l'objet du jugement rendu concurremment avec le présent ([1996] 3 R.C.S. 268). Madame le juge Deschamps, pour la majorité, après avoir repris les propos du juge Baudouin dans la décision *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) c. Alvetta-Comeau*, précitée, précise que pour être intentionnelle, l'atteinte illicite ne doit pas résulter de la simple négligence ou insouciance de son auteur, mais plutôt avoir lieu dans des circonstances indiquant une volonté déterminée de causer le préjudice. Elle s'exprime ainsi (aux pp. 372 et 373):

[L'interprétation du juge Baudouin dans *Alvetta-Comeau*] me semble la seule qui puisse être retenue compte tenu du contexte historique ainsi que de la spécificité du droit civil. Le législateur a choisi de ne retenir, comme passibles de dommages exemplaires, que les atteintes réellement intentionnelles et c'est sûrement aussi par choix qu'il n'y a pas inclus les atteintes insouciantes et négligentes, quelle que soit la gravité de cette insouciance ou cette négligence. La distinction ne peut avoir échappé au législateur et je dois la respecter.

Dans certaines situations, l'intention de commettre l'atteinte à un droit protégé par la charte transparaît d'emblée du caractère volontaire du geste posé. Ainsi, tant dans l'affaire *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau* que dans l'affaire *West Island Teachers' Association c. Nantel*, il était évident que les gestes intentionnels des représentants syndicaux avaient pour but d'atteindre les droits protégés des syndiqués dissidents.

De la même façon, dans *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand c. Curateur public du Québec*, les syndiqués savaient que la privation de services entraînerait des incon vénients chez les patients; s'il s'agissait là d'une façon pour eux de faire des pressions sur l'employeur, il n'en demeure pas moins que la conséquence des gestes, soit l'atteinte au droit protégé, était voulue.

Compte tenu de ce contexte, je ne crois pas que l'article 49 alinéa 2 de la charte laisse place à l'introduction de la notion d'insouciance (*recklessness*) à laquelle le juge de première instance semble avoir eu recours. [Je souligne.]

115 To clarify this issue, it is essential to situate the *Charter* concepts of unlawful interference and unlawful and intentional interference in relation to the traditional concepts of civil liability, namely fault, prejudice and causal connection.

116 To find that there has been unlawful interference, it must be shown that a right protected by the *Charter* was infringed and that the infringement resulted from wrongful conduct. A person's conduct will be characterized as wrongful if, in engaging therein, he or she violated a standard of conduct considered reasonable in the circumstances under the general law or, in the case of certain protected rights, a standard set out in the *Charter* itself: Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, supra, at pp. 350-58. Once the existence of unlawful interference is established, the victim may "obtain . . . compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom" under the first paragraph of s. 49 of the *Charter*. Whether under the civil law or the *Charter*, prejudice and causal connection, which are concepts distinct from fault and unlawful interference, concern the actual consequences of the conduct of the person at fault or the person who committed the unlawful interference. The assessment of such consequences is intended to circumscribe the extent of the victim's right to compensation.

117 Unlike an award of compensatory damages, an award of exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* depends not on the extent of the prejudice resulting from the unlawful interference, but on the intentional nature of that interference. Since, as stated above, unlawful interference is the result of wrongful conduct that infringes a *Charter* right, it is therefore the result of that conduct that must be intentional. In other words, for unlawful interference to be characterized as "intentional", the person who committed the interference must have desired the consequences that his or her wrongful conduct would have.

118 From this perspective, in interpreting the expression "unlawful and intentional interference",

Afin de bien cerner le débat, il importe de situer les notions propres à la *Charte*, soit l'atteinte illicite et l'atteinte à la fois illicite et intentionnelle, par rapport aux concepts traditionnels de la responsabilité civile, soit la faute, le préjudice et le lien de causalité.

Pour conclure à l'existence d'une atteinte illicite, il doit être démontré qu'un droit protégé par la *Charte* a été violé et que cette violation résulte d'un comportement fautif. Un comportement sera qualifié de fautif si, ce faisant, son auteur transgresse une norme de conduite jugée raisonnable dans les circonstances selon le droit commun ou, comme c'est le cas pour certains droits protégés, une norme dictée par la *Charte* elle-même: Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, op. cit., aux pp. 350 à 358. L'existence d'une atteinte illicite établie, la victime peut, selon les termes du premier alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, «obtenir [. . .] la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte». Que ce soit en vertu du droit civil ou de la *Charte*, le préjudice et le lien de causalité, notions distinctes de la faute et de l'atteinte illicite, concernent les conséquences réelles de la conduite de l'acteur fautif ou de l'auteur de l'atteinte illicite, conséquences dont l'évaluation est destinée à circonscrire l'étendue du droit à la réparation de la victime.

Contrairement aux dommages compensatoires, l'octroi de dommages exemplaires prévu au deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* ne dépend pas de la mesure du préjudice résultant de l'atteinte illicite, mais du caractère intentionnel de cette atteinte. Or, une atteinte illicite étant, comme je l'ai déjà mentionné, le résultat d'un comportement fautif qui viole un droit protégé par la *Charte*, c'est donc le résultat de ce comportement qui doit être intentionnel. En d'autres termes, pour qu'une atteinte illicite soit qualifiée d'«intentionnelle», l'auteur de cette atteinte doit avoir voulu les conséquences que son comportement fautif produira.

Dans cette perspective, afin d'interpréter l'expression «atteinte illicite et intentionnelle», il

it is important not to confuse the intent to commit a wrongful act with the intent to cause the consequences of that act. In this regard, the second paragraph of s. 49 of the *Charter* could not be any clearer: it is the unlawful interference — and not merely the fault — that must be intentional. Accordingly, although certain analogies are possible, I think it is necessary to resist the temptation to compare the concept of “unlawful and intentional interference” under the *Charter* to the traditionally recognized concepts of “gross fault” or even “intentional fault”. *Contra*: see, *inter alia*, Baudouin, *supra*, at pp. 153-54; L. Perret, “De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec” (1981), 12 *R.G.D.* 121, at pp. 138-39; and G. Brière de L’Isle, “La faute dolosive — tentative de clarification”, D.1980.Chron.133.

This being said, the meaning and scope of the expression “unlawful and intentional interference” with a right guaranteed by the *Charter* must be clarified. We should first note that, like the rights and freedoms that the *Charter* protects, the remedies contemplated by the *Charter* must be generously construed in order to achieve their underlying objectives. In *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, *supra*, this Court, which was unanimous on this point, stressed that exemplary damages under the *Charter* are intended to punish and deter certain conduct, as stated in art. 1621 *C.C.Q.* Gonthier J. wrote (at para. 126):

It is now settled that exemplary damages awarded under the *Charter* are not compensatory but rather seek to achieve the dual objective of punishment and deterrence (*Papadatos v. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020 (C.A.), at p. 1022; *Lemieux v. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44 (C.A.); and *Association des professeurs de Lignery*, *supra*, at p. 137).

I shared the same view (at para. 21):

[I]t is clear that the purpose of awarding exemplary damages is not to compensate, but is related to the law’s role of punishment and deterrence. . . .

importe de ne pas confondre le fait de vouloir commettre un acte fautif et celui de vouloir les conséquences de cet acte. À cet égard, le deuxième alinéa de l’art. 49 de la *Charte* ne pourrait être plus clair: c’est l’atteinte illicite — et non la faute — qui doit être intentionnelle. En conséquence, bien que certaines analogies soient possibles, je crois qu’il faille néanmoins résister à la tentation d’assimiler la notion d’«atteinte illicite et intentionnelle» propre à la *Charte* aux concepts traditionnellement reconnus de «faute lourde», «faute dolosive» ou même «faute intentionnelle». *Contra*: voir, notamment, Baudouin, *op. cit.*, aux pp. 153 et 154; L. Perret, «De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981), 12 *R.G.D.* 121, aux pp. 138 et 139; G. Brière de L’Isle, «La faute dolosive — tentative de clarification», D.1980.Chron.133.

Ceci dit, il faut préciser le sens et la portée de l’expression «atteinte illicite et intentionnelle» à un droit garanti par la *Charte*. Soulignons tout d’abord que, à l’instar des droits et libertés qui y sont protégés, les redressements prévus par la *Charte*, doivent recevoir une interprétation généreuse de façon à réaliser les objectifs qu’ils soutiennent. Dans l’arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, précité, la Cour, à l’unanimité sur ce point, a souligné que les dommages exemplaires octroyés en vertu de la *Charte*, tel que le précise l’art. 1621 *C.c.Q.*, visent la punition et la dissuasion de certaines conduites. Le juge Gonthier s’exprime ainsi (au par. 126):

Il est maintenant établi que les dommages exemplaires octroyés en vertu de la *Charte* ne possèdent pas de fonction compensatoire, mais visent plutôt à atteindre un double objectif de punition et de dissuasion (*Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020 (C.A.), à la p. 1022; *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44 (C.A.); et *Association des professeurs de Lignery*, précité, à la p. 137).

J’ai été du même avis (au par. 21):

[I] est manifeste que l’objectif visé par l’octroi de dommages exemplaires n’est nullement de nature compensatoire, mais tient plutôt de la fonction punitive et dissuasive du droit . . .

Moreover, I note that the same objective of punishment and deterrence underlies the awarding of exemplary damages in the common law (see, in Canada, *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; and, in the United States, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 64 U.S.L.W. 4335 (1996); see also Ontario Law Reform Commission, *Report on Exemplary Damages* (1991), and S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1991 (loose-leaf)), at pp. 11-10 *et seq.*).

Je note, par ailleurs, que le même objectif de punition et de dissuasion sous-tend l'octroi de dommages exemplaires en common law (voir, au Canada, *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; et, aux États-Unis, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 64 U.S.L.W. 4335 (1996); voir également la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Exemplary Damages* (1991), et S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2^e éd. 1991 (feuilles mobiles)), aux pp. 11-10 *et suiv.*).

120 Having regard to the case law and the doctrine in Quebec and in the common law on this question and, even more importantly, in accordance with the principles of large and liberal interpretation of legislation concerning human rights and freedoms together with the objective of exemplary remedies (i.e., punishment and deterrence), I believe that a relatively permissive approach should be encouraged in Quebec civil law when effect is to be given to the expression "unlawful and intentional interference" for the purposes of the exemplary damages contemplated in the *Charter*.

À la lumière de la jurisprudence et de la doctrine au Québec et en common law sur la question et, plus important encore, conformément aux principes d'interprétation large et libérale des lois sur les droits et libertés de la personne ainsi qu'à l'objectif punitif et dissuasif du redressement de nature exemplaire, j'estime qu'une approche relativement permissive devrait être favorisée en droit civil québécois lorsqu'il s'agit de donner effet à l'expression «atteinte illicite et intentionnelle» aux fins des dommages exemplaires prévus par la *Charte*.

121 Consequently, there will be unlawful and intentional interference within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter* when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause. This test is not as strict as specific intent, but it does go beyond simple negligence. Thus, an individual's recklessness, however wild and foolhardy, as to the consequences of his or her wrongful acts will not in itself satisfy this test.

En conséquence, il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l'intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. Ainsi, l'insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère.

122 In addition to being consistent with the wording of s. 49 of the *Charter*, this interpretation of the concept of "unlawful and intentional interference" is in keeping with the preventive and deterrent role of exemplary damages, which strongly suggests that only conduct the consequences of which could have been avoided, that is, the consequences of which were either intended or known by the person who committed the unlawful interference,

En plus d'être conforme au libellé de l'art. 49 de la *Charte*, cette interprétation de la notion d'«atteinte illicite et intentionnelle» est fidèle à la fonction préventive et dissuasive des dommages exemplaires qui suggère fortement que seuls les comportements dont les conséquences sont susceptibles d'être évitées, c'est-à-dire dont les conséquences étaient soit voulues soit connues par l'auteur de l'atteinte illicite, soient sanctionnés par

should be punished by an award of such damages: Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, supra, vol. I, at pp. 231-32. I would add that the determination of whether there has been unlawful and intentional interference will depend on the assessment of the evidence in each case and that, even where such interference exists, the award and the quantum of exemplary damages under the second paragraph of s. 49 and under art. 1621 C.C.Q. remain discretionary.

In the case before us, the majority of the Court of Appeal was of the opinion that [TRANSLATION] “[i]n order for the interference to be intentional, it must have been committed in circumstances that indicate a determined intent to cause the damage resulting from the violation” (p. 2804). That does not constitute an error of law, since the intent to cause the prejudice, under the test proposed supra, constitutes intentional interference within the meaning of the *Charter*.

Relying on the findings of fact made by the trial judge, which it considered to have been proved, the majority of the Court of Appeal held that the appellants’ conduct in the course of the illegal strikes of October and November 1984 constituted intentional interference within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. I am in complete agreement with this conclusion. The appellant unions backed the illegal strikes and, apparently, on the evidence as a whole, orchestrated and incited them. In fact, as the trial judge noted, Luc Painchaud and Pierre Létourneau, two of the appellants’ representatives, were conspicuously involved in the conduct of the illegal walk-outs, to the full knowledge of the leaders of the appellant unions. Moreover, the pressure that the appellants wanted to bring to bear on the employer inevitably involved disrupting the services and care normally provided to the patients of the Hospital, and necessarily involved intentional interference with their dignity.

Secondly, the appellants challenged both the appropriateness of awarding exemplary damages and the quantum of damages awarded. As the appellants properly contended, exemplary damages

l’octroi de tels dommages: Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, op. cit., t. I, aux pp. 231 et 232. J’ajouterais que la détermination de l’existence d’une atteinte illicite et intentionnelle dépendra de l’appréciation de la preuve dans chaque cas et que, même en présence d’une telle atteinte, l’octroi et le montant des dommages exemplaires aux termes du deuxième alinéa de l’art. 49 et de l’art. 1621 C.c.Q. demeurent discrétionnaires.

Dans le cas qui nous intéresse, la majorité de la Cour d’appel a été d’avis que «[p]our être intentionnelle, il faut que l’atteinte soit commise dans des circonstances qui indiquent une volonté déterminée de causer le dommage résultant de la violation» (p. 2804). Il n’y a pas eu ici d’erreur de droit puisque la volonté de causer le préjudice, conformément au critère proposé ci-dessus, constitue une atteinte intentionnelle aux termes de la *Charte*.

S’appuyant sur les conclusions de fait du premier juge, qu’elle a considérées comme prouvées, la majorité de la Cour d’appel a estimé que le comportement des appelants lors des grèves illégales d’octobre et novembre 1984 constituait une atteinte intentionnelle au sens du deuxième alinéa de l’art. 49 de la *Charte*. Je suis en complet accord avec cette conclusion. Les syndicats appelants ont cautionné les grèves illégales et, selon l’ensemble de la preuve, les ont vraisemblablement orchestrées et encouragées. De fait, comme l’a remarqué le juge de première instance, Luc Painchaud et Pierre Létourneau, deux délégués des appelants, ont contribué de façon singulière à la poursuite des débrayages illégaux, et ce, au vu et au su des dirigeants des syndicats appelants. Du reste, les pressions que les appelants désiraient exercer sur l’employeur passaient inévitablement par la perturbation des services et des soins normalement assurés aux bénéficiaires de l’Hôpital et, nécessairement, par une atteinte voulue à leur dignité.

Dans un deuxième temps, les appelants s’objectent à l’opportunité d’accorder des dommages exemplaires de même qu’au quantum de dommages octroyé. Il est exact, comme le soutiennent

123

124

125

are not automatically awarded under the *Charter* whenever there has been unlawful and intentional interference with a protected right. The legislator has allowed judges discretion in this regard, as indicated by the use of the expression "may" in the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. In addition, as the Court of Appeal pointed out, that discretion extends to the determination of the appropriate amount, in order to achieve the purposes for which the exemplary damages are awarded, that is, to punish the offender and set an example for society.

les appelants, que l'octroi de dommages exemplaires en vertu de la *Charte* n'est pas automatique dès qu'il existe une atteinte illicite et intentionnelle à un droit y garanti. Le législateur a laissé une discrétion au juge à cet égard, comme en témoigne l'utilisation du terme «peut» au deuxième alinéa de l'art. 49. De plus, comme le soulignait la Cour d'appel, la discrétion s'étend à la détermination du montant approprié de manière à atteindre les fins pour lesquelles les dommages exemplaires sont octroyés, soit punir le contrevenant et offrir un exemple à la société.

126

However, the discretion enjoyed by courts in respect of awarding exemplary damages and of the quantum of such damages is not absolute. It is guided and circumscribed by various factors that have been developed by the courts: see, *inter alia*, *West Island Teachers' Association v. Nantel*, *supra*; *Samuelli v. Jouhannet*, [1994] R.J.Q. 152 (Sup. Ct.); and *Roy v. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503 (C.A.). These criteria, by which the courts must be guided, have been codified in art. 1621 *C.C.Q.*, which reads as follows:

1621. Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose.

Punitive damages are assessed in the light of all the appropriate circumstances, in particular the gravity of the debtor's fault, his patrimonial situation, the extent of the reparation for which he is already liable to the creditor and, where such is the case, the fact that the payment of the damages is wholly or partly assumed by a third person.

Toutefois, la discrétion dont jouissent les tribunaux quant à l'attribution et au montant de dommages exemplaires n'est pas absolue. Elle est orientée et encadrée par divers facteurs élaborés par la jurisprudence: voir, entre autres, *West Island Teachers' Association c. Nantel*, précité; *Samuelli c. Jouhannet*, [1994] R.J.Q. 152 (C.S.); et *Roy c. Patenaude*, [1994] R.J.Q. 2503 (C.A.). Ces critères devant guider les tribunaux ont été codifiés à l'art. 1621 *C.c.Q.*, qui se lit comme suit:

1621. Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

127

In the case at bar, although the Court of Appeal did not at the time have the benefit of art. 1621 *C.C.Q.*, it is apparent from its reasons that its decision on both the appropriateness of awarding exemplary damages and the quantum of those damages was correct, that is, it is consistent with those criteria and with the case law. The relevant factors on which the majority of the court relied include the conduct of the party at fault, the prejudice suffered, the quantum of compensatory damages awarded to the victims, the preventive, deterrent and punitive aspect of the damages, the

En l'espèce, quoique la Cour d'appel n'ait pas eu, à l'époque, le bénéfice de l'art. 1621 *C.c.Q.*, il ressort de ses motifs qu'autant l'opportunité d'octroyer des dommages exemplaires que leur quantum ont été correctement décidés, c'est-à-dire conformément à ces critères et à la jurisprudence. Les facteurs pertinents sur lesquels la majorité de la cour s'est appuyée comprennent la conduite de l'auteur de la faute, le préjudice souffert, le quantum des dommages compensatoires alloués aux victimes, l'aspect préventif, dissuasif et punitif des dommages, le profit réalisé par l'auteur de l'at-

profit realized by the party who committed the interference and that party's financial resources. It added that in class actions, the number of victims and their special vulnerability must also be taken into consideration. Applying those tests to the case before it, the court held that the appellants should be condemned to pay the sum of \$200,000 as exemplary damages.

That conclusion satisfies the appropriate criteria and is amply supported by the evidence in the record, which establishes, *inter alia*, that despite the injunctions, fines and terms of imprisonment imposed on the appellants' members, they continued to conduct themselves unlawfully and to disrupt the care and services necessary to the patients of the Hospital. I would note in passing that other forms of punishment imposed on the person who committed the interference should not automatically be a bar to awarding exemplary damages, or reduce the quantum of such damages. The Court of Appeal was divided on this point in *Papadatos v. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020; art. 1621 *C.C.Q.* does not settle this issue since the factors listed therein are not exhaustive. I believe that it would in fact be possible to argue that the other punishments imposed on the person who committed the interference are sufficient, in terms of meeting the objective of exemplary damages, for such damages to be refused, or to justify reducing them; I make no definitive finding on this point, however, since it is sufficient for me to say, for the purposes of the case at bar, that this is by no means the situation here.

Finally, it is useful to note that the rule which requires that appellate courts show deference in respect of the calculation of compensatory damages also applies *mutatis mutandis* to exemplary damages — particularly since the award of such damages is discretionary: that is, that a “wrong principle of law was applied, or that the overall amount is a wholly erroneous estimate of the damage” (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, at p. 235). In the case at bar, having found that the trial judge had erred in law, the majority in the Court of Appeal was correct to intervene and award exemplary damages, having regard to the

teinte et les moyens financiers de l'auteur. Elle ajoute qu'en matière de recours collectif, le nombre de victimes et leur caractère particulièrement vulnérable doivent également être pris en considération. Appliquant ces critères à l'instance, elle a estimé qu'il y avait lieu de condamner les appelants à payer la somme de 200 000 \$ à titre de dommages exemplaires.

Cette conclusion, qui rencontre les critères appropriés, s'appuie pleinement sur la preuve au dossier. Celle-ci démontre, entre autres, que malgré les injonctions, les amendes, et les peines d'emprisonnement auxquelles ont été condamnés des membres des appelants, ils ont continué à demeurer dans l'illégalité et à perturber les soins et services nécessaires aux bénéficiaires de l'Hôpital. Je note, en passant, que les autres modes de punition déjà imposés à l'auteur de l'atteinte ne devraient pas automatiquement constituer une fin de non-recevoir à l'octroi de dommages exemplaires ni en diminuer le quantum. La Cour d'appel était divisée sur cette question dans l'affaire *Papadatos c. Sutherland*, [1987] R.J.Q. 1020; l'art. 1621 *C.c.Q.* ne tranche pas le débat puisque la liste de facteurs y prévue n'est pas exhaustive. J'estime qu'il serait, en effet, possible d'argumenter que les autres peines imposées à l'auteur de l'atteinte rejoignent suffisamment l'objectif des dommages exemplaires pour refuser de les accorder ou justifier de les réduire; je ne me prononce pas définitivement à ce sujet, toutefois, puisqu'il me suffit de dire, pour les fins de l'espèce, que ce n'est aucunement le cas ici.

Finalement, il est utile de noter que le même critère prônant la déférence des cours d'appel à l'égard du calcul des dommages compensatoires s'applique *mutatis mutandis* aux dommages exemplaires — surtout que leur octroi est discrétionnaire — soit l'existence d'une «erreur de principe ou que la somme accordée est le résultat d'une erreur sérieuse dans l'évaluation du préjudice» (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, à la p. 235). Or, en l'espèce, ayant conclu à une erreur de droit du premier juge, la Cour d'appel, à la majorité, a eu raison d'intervenir pour accorder des dommages exemplaires vu la preuve. Par ailleurs,

evidence. Moreover, with respect to the calculation of the appropriate amount, the majority of the Court committed no error of principle, and accordingly the quantum of exemplary damages must be upheld.

130 Before concluding, a number of subsidiary arguments presented by the appellants must be disposed of. First, they challenged the legality of the order of the Court of Appeal that the exemplary damages be remitted to the Public Curator, in his capacity as curator, to be used for the benefit of current and future patients of the Hospital. In their view, the damages should have been paid personally to the members of the group covered by the class action. Moreover, they challenged the decision of the Court of Appeal that interest on the exemplary damages should start to run as of the date of the judgment in the first instance. Having regard to art. 46 *C.C.P.*, which allows the judge to make such orders as are necessary, and art. 1056c *C.C.L.C.* (in force at the time of these proceedings), which deals with interest on damages (and which, in my opinion, applies to exemplary damages), these arguments have no merit.

131 Lastly, the appellants contended that, because of the punitive and deterrent function of exemplary damages under the *Charter*, the condemnation could not be joint and several. I see nothing that would prevent joint and several liability operating here, as it does in respect of other kinds of damages. First, all the appellants participated in the unlawful and intentional interference with the right of the patients of the Hospital to their dignity. Second, a joint and several debtor may demand that his or her codebtors pay their respective shares of the total debt, under art. 1117 *C.C.L.C.* (in force at the time). In my opinion, this disposes of these subsidiary arguments, which are devoid of merit.

V. Conclusion

132 To summarize, on the question of the rules of evidence that apply to class actions, the provisions of Book Nine of the *Code of Civil Procedure* have not changed the rules of evidence in civil matters and, in particular, proof by presumptions of fact, provided that such presumptions are sufficiently

quant au calcul du montant approprié, la majorité de la Cour n'a commis aucune erreur de principe et, partant, le quantum de dommages exemplaires doit être maintenu.

Avant de conclure, il faut disposer de quelques arguments accessoires présentés par les appelants. D'une part, ils contestent la légalité de l'ordonnance de la Cour d'appel voulant que les dommages exemplaires soient remis au Curateur public, ès qualités, pour être utilisés au profit des bénéficiaires actuels et futurs de l'Hôpital. Selon eux, les dommages auraient dû être versés personnellement aux membres du groupe visés par le recours collectif. De plus, ils contestent la décision de la Cour d'appel de faire courir à partir de la date du jugement de première instance les intérêts sur les dommages exemplaires. Au regard de l'art. 46 *C.p.c.*, qui permet au juge de rendre toutes ordonnances nécessaires, et de l'art. 1056c *C.c.B.C.* (en vigueur lors des présentes procédures), qui a trait aux intérêts sur les dommages (qui s'applique, à mon avis, aux dommages exemplaires), ces prétentions ne me paraissent pas fondées.

Enfin, les appelants soutiennent qu'en raison de la fonction punitive et dissuasive des dommages exemplaires aux termes de la *Charte*, ils ne pouvaient être condamnés solidairement à les payer. Or, je ne vois rien qui s'oppose à ce que la solidarité joue ici comme en matière de dommages d'une autre nature. D'une part, tous les appelants ont participé à l'atteinte illicite et intentionnelle du droit à la dignité des bénéficiaires de l'Hôpital. D'autre part, un débiteur solidaire peut réclamer de ses coobligés, en vertu de l'art. 1117 *C.c.B.C.* (alors en vigueur), leur portion respective de la créance totale. Ceci, à mon avis, dispose de ces arguments accessoires qui n'ont aucun mérite.

V. Conclusion

En résumé, en ce qui concerne les règles de preuve applicables en matière de recours collectif, les dispositions du livre neuvième du *Code de procédure civile* n'ont pas modifié les règles de preuve civile et, en particulier, la preuve par présomptions de fait, à condition qu'elles soient suffisamment

serious, precise and concordant, applies to class actions. Since the trial judge committed no error of law and no error in the conclusions he drew from the evidence on this point, the Court of Appeal was correct not to intervene.

With respect to the evaluation of the moral prejudice, although the so-called functional approach does not apply in Quebec civil law to the determination of the right to moral damages, it is nonetheless relevant, together with the conceptual and personal approaches, when it comes to the calculation of such damages. The decision of the trial judge was sound on this point, and there was nothing therein to warrant intervention by the Court of Appeal.

With respect to the exemplary damages contemplated in the *Charter*, this remedy will be available when there is unlawful interference with a right protected by the *Charter*, which right is to be largely and liberally defined, and when the interference is intentional, that is, the person responsible for it intended the consequences of the fault he or she committed. On the facts, the Court of Appeal was correct to conclude that the appellants had unlawfully interfered with the patients' dignity, a right that is guaranteed by s. 4 of the *Charter*, and that the interference was intentional within the meaning of the second paragraph of s. 49. This Court should not intervene on this point, nor in respect of the quantum of the joint and several award of damages under this head.

For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs in all courts.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Groleau & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondents: Sauvé, Guillot, Montréal.

graves, précises et concordantes, s'applique au recours collectif. Le juge de première instance n'ayant pas commis d'erreur de droit ni d'erreur dans les conclusions qu'il a tirées de la preuve à cet égard, la Cour d'appel a eu raison de ne pas intervenir.

En ce qui a trait à l'évaluation du préjudice moral, bien que la thèse dite fonctionnelle ne s'applique pas en droit civil québécois pour déterminer le droit à des dommages moraux, elle est néanmoins pertinente, de concert avec les approches conceptuelle et personnelle, en ce qui concerne le calcul de tels dommages. La décision du juge de première instance était bien fondée à cet égard, ne donnant pas ouverture à intervention de la part de la Cour d'appel.

Concernant les dommages exemplaires prévus à la *Charte*, ce redressement sera ouvert lorsqu'il y aura atteinte illicite à un droit y garanti, droit défini de façon large et libérale, et lorsque l'atteinte sera intentionnelle, c'est-à-dire que l'auteur désirait les conséquences de son comportement fautif. Dans les faits, la Cour d'appel a eu raison de conclure que les appelants ont porté atteinte, de façon illicite, à la dignité des bénéficiaires, droit garanti à l'art. 4 de la *Charte*, et que cette atteinte était intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49. Il n'y a pas lieu pour notre Cour d'intervenir à cet égard, non plus qu'en ce qui a trait au quantum de la condamnation solidaire sous ce chef.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Groleau & Associés, Montréal.

Procureurs des intimés: Sauvé, Guillot, Montréal.

133

134

135

Gloria Augustus *Appellant*

v.

Communauté urbaine de Montréal *Respondent*

and

Allan Gosset *Respondent*

and

Orberth Griffin *Mis en cause*

INDEXED AS: AUGUSTUS v. GOSSET

File No.: 24607.

1996: June 10; 1996: October 3.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Damages — Moral prejudice — Solatium doloris — Whether solatium doloris a type of moral prejudice for which compensation available under Quebec law — Assessment of prejudice — Applicable criteria — Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1056.

Damages — Right of parenthood — Victim mortally wounded by shot fired by police officer — Mother claiming damages for interference with her right of parenthood — Whether Charter of Human Rights and Freedoms or Canadian Charter of Rights and Freedoms protects right to maintain and continue parent-child relationship.

Damages — Loss of life or of life expectancy — Victim shot in head by police officer — Victim dying few hours later without regaining consciousness — Whether right to life guaranteed by Charter of Human Rights and Freedoms allows victim's mother to claim compensatory damages for loss of life or of life expectancy — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 49.

Gloria Augustus *Appelante*

c.

Communauté urbaine de Montréal *Intimée*

et

Allan Gosset *Intimé*

et

Orberth Griffin *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: AUGUSTUS c. GOSSET

N° du greffe: 24607.

1996: 10 juin; 1996: 3 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Dommages-intérêts — Préjudice moral — Solatium doloris — Le solatium doloris est-il un type de préjudice moral qui peut faire l'objet d'une indemnisation en droit québécois? — Évaluation du préjudice — Critères applicables — Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1056.

Dommages-intérêts — Droits parentaux — Victime blessée mortellement par une balle tirée par un policier — Dommages réclamés par la mère pour atteinte à ses droits parentaux — La Charte des droits et libertés de la personne ou la Charte canadienne des droits et libertés reconnaissent-elles le droit de conserver et de continuer une relation parent-enfant?

Dommages-intérêts — Perte de vie ou d'expectative de vie — Victime atteinte à la tête par une balle tirée par un policier — Décès de la victime quelques heures plus tard sans qu'elle ait repris conscience — Le droit à la vie garanti par la Charte des droits et libertés de la personne permet-il à la mère de la victime de réclamer des dommages compensatoires pour perte de vie ou d'expectative de vie? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 49.

Civil rights — Right to life — Remedy — Compensatory damages — Victim shot in head by police officer — Victim dying few hours later without regaining consciousness — Whether right to life guaranteed by Charter of Human Rights and Freedoms allows victim's mother to claim compensatory damages for loss of life or of life expectancy — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 49.

Civil rights — Right to life — Remedy — Exemplary damages — Victim mortally wounded by shot fired by police officer — Trial judge finding police officer negligent in using weapon — Whether unlawful interference with victim's right to life intentional — Meaning of "unlawful and intentional interference" — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 49.

The appellant brought a civil liability action against G and the CUM following the death of her 19-year-old son. G, a police officer, responded to a call from a taxi driver complaining that the victim had refused to pay his fare. On checking his identity, G learned that an arrest warrant was outstanding against the victim and arrested him. When they arrived at the police station, G opened the door for the victim, who got out of the car and started running. G began chasing him. At the same time, G drew his revolver and ordered the victim to stop running. The victim stopped, although he did not stand perfectly still. G again ordered the victim to stop while aiming his revolver at him. At that instant, the victim was hit in the head by a gunshot. He was taken to the hospital, where he died the same day without regaining consciousness.

After reviewing the evidence, the trial judge found that G was negligent in aiming his weapon with his finger on the trigger while running and that this negligence was the direct cause of the victim's death. Since the CUM had admitted its liability as G's employer, the judge ordered G and the CUM jointly and severally to pay the appellant \$10,795 in compensatory damages: \$9,000 for loss of moral and financial support, and \$1,795 for funeral expenses. The trial judge dismissed the appellant's claim for *solatium doloris* and refused to compensate her, as her son's heir, for his loss of life expectancy and suffering, of which he would not have been aware. The judge ordered G to pay the appellant \$4,000 in exemplary damages. Although he found that G had not intended to kill the victim, the judge found that the way G handled his weapon when he knew or

Libertés publiques — Droit à la vie — Réparation — Dommages compensatoires — Victime atteinte à la tête par une balle tirée par un policier — Décès de la victime quelques heures plus tard sans qu'elle ait repris conscience — Le droit à la vie garanti par la Charte des droits et libertés de la personne permet-il à la mère de la victime de réclamer des dommages compensatoires pour perte de vie ou d'expectative de vie? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 49.

Libertés publiques — Droit à la vie — Réparation — Dommages exemplaires — Victime blessée mortellement par une balle tirée par un policier — Juge de première instance concluant que le policier avait été négligent dans l'utilisation de son arme — L'atteinte illicite au droit à la vie de la victime était-elle intentionnelle? — Sens de l'expression «atteinte illicite et intentionnelle» — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 49.

L'appelante a intenté une action en responsabilité civile contre G et la CUM à la suite du décès de son fils âgé de 19 ans. G, un policier, a répondu à l'appel d'un chauffeur de taxi qui se plaignait que la victime refusait de payer sa course. En vérifiant son identité, G a appris qu'il existait un mandat d'arrestation contre la victime et il l'a arrêtée. Arrivé au poste de police, G a ouvert la portière à la victime. Elle est sortie de la voiture et s'est mise à courir. G s'est lancé à sa poursuite tout en dégainant son revolver et lui a ordonné de s'arrêter. La victime s'est arrêtée sans toutefois s'immobiliser complètement. G lui a de nouveau ordonné de s'arrêter tout en pointant son revolver vers elle. À cet instant, la victime a été atteinte d'un coup de feu à la tête. Elle a été transportée à l'hôpital où elle est décédée le même jour sans avoir repris conscience.

Après une revue de la preuve, le juge de première instance a conclu que G, en pointant son arme avec le doigt sur la gâchette pendant qu'il courait, a été négligent et que cette négligence a été la cause directe du décès de la victime. La CUM ayant admis sa responsabilité à titre d'employeur, le juge a condamné G et la CUM conjointement et solidairement à payer à l'appelante 10 795 \$ à titre de dommages compensatoires, soit 9 000 \$ pour perte de soutien moral et perte de soutien financier, et 1 795 \$ pour les frais funéraires. Le juge de première instance a rejeté la réclamation de l'appelante relative au *solatium doloris* et a refusé de l'indemniser, à titre d'héritière, pour la perte d'expectative de vie ainsi que les souffrances de son fils, qui n'en aurait pas eu conscience. Quant aux dommages exemplaires, le juge a condamné G à payer à l'appelante la somme de 4 000 \$.

ought to have known that he was placing the victim's security in jeopardy constituted wanton or reckless misconduct and amounted to "unlawful and intentional interference" within the meaning of s. 1 and the second paragraph of s. 49 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the appellant's appeal in part and increased the compensatory damages to \$16,795, including \$15,000 as *solatium doloris*, but refused both to recognize interference with her right of parenthood and to award her compensation as her son's heir for his loss of life expectancy and the interference with his right to life and security. The majority of the court also allowed G's appeal and quashed the order that he pay exemplary damages. The court pointed out that in aiming his weapon at the victim, G did not intend to kill him, but to keep him under control at a distance, and held that G's actions did not constitute "intentional interference" within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed in part.

(1) *Solatium doloris*

Solatium doloris is a compensable head of moral prejudice in Quebec civil law under arts. 1053 and 1056 C.C.L.C. In civil law, any prejudice, whether moral or material, even if it is difficult to assess, is compensable if proven. From this perspective, compensation for the grief and distress felt when someone close dies is clearly consistent with the civil law's full recognition of moral damages. Furthermore, it is French law, not English law, that must be applied in deciding whether to recognize *solatium doloris* in Quebec civil law. French law has always recognized that compensation is available for the moral prejudice resulting from the death of a close relative or friend, and this is also the case in Quebec civil law.

In granting an award for *solatium doloris*, the Court of Appeal considered all the elements of moral prejudice. However, it erred in its assessment of the moral prejudice suffered by the appellant. The Court of Appeal based its assessment on the amounts generally awarded by Quebec courts and the awards provided for in various social statutes. The Quebec jurisprudence does not reflect the principle of *restitutio in integrum*, as the courts have considered themselves bound by the rule that *solatium doloris* is not available as a head of com-

Tout en reconnaissant que G n'avait pas eu l'intention de tuer la victime, il a conclu que sa façon de manipuler son arme, alors qu'il savait ou devait savoir qu'il mettait en péril la sûreté de la victime, constituait une faute lourde dolosive et équivalait à une «atteinte illicite et intentionnelle» au sens de l'art. 1 et du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli en partie l'appel de l'appelante et a augmenté à 16 795 \$ les dommages compensatoires, dont 15 000 \$ à titre de *solatium doloris*, mais a refusé de reconnaître une atteinte à ses droits parentaux et de la compenser, à titre d'héritière, pour la perte d'expectative de vie de même que pour l'atteinte au droit à la vie et à la sûreté de son fils. La cour, à la majorité, a également accueilli l'appel de G et a annulé sa condamnation aux paiements de dommages exemplaires. La cour a indiqué qu'en pointant son arme vers la victime G ne désirait pas attenter à sa vie mais plutôt la contrôler à distance, et a conclu que les gestes de G ne constituaient pas une «atteinte intentionnelle» au sens du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

(1) *Solatium doloris*

Le *solatium doloris* est un chef de préjudice moral qui donne lieu à indemnisation en droit civil québécois en vertu des art. 1053 et 1056 C.c.B.C. En droit civil, tout préjudice, qu'il soit moral ou matériel, même s'il est difficile à évaluer, peut faire l'objet d'une indemnisation dans la mesure où preuve en est faite. Dans cette perspective, la compensation pour le chagrin et la douleur morale ressentis suite au décès d'un proche s'inscrit naturellement dans la pleine reconnaissance des dommages moraux en droit civil. Par ailleurs, pour décider de la reconnaissance du *solatium doloris* en droit civil québécois, c'est au droit français, et non au droit anglais, qu'il faut se référer. Le droit français a toujours reconnu qu'il y avait lieu à compensation pour le préjudice moral résultant du décès d'un proche, et c'est également le cas en droit civil québécois.

En décidant d'accorder une indemnité au titre du *solatium doloris*, la Cour d'appel a considéré toutes les composantes du préjudice moral. Elle a toutefois erré au niveau de l'évaluation du préjudice moral subi par l'appelante. Pour son évaluation, la Cour d'appel s'est fondée sur les sommes généralement accordées par les tribunaux québécois ainsi qu'aux indemnités prévues par diverses lois de caractère social. Or la jurisprudence québécoise ne reflète pas le principe de compensation intégrale puisque les tribunaux se croyaient liés par la

pensable damage. Furthermore, a comparison with the indemnities provided for in certain pieces of social legislation can only be of limited relevance; such statutes generally allow smaller awards in order to provide compensation to a larger number of persons who might not receive compensation under the general principles of civil liability. By recognizing that compensation for *solatium doloris* is available in Quebec civil law yet failing to develop new tests for assessing prejudice in that form, the Court of Appeal thus deprived the appellant of her right to be fully compensated for the moral prejudice she suffered as a result of her son's death. Furthermore, due to the need for certainty and predictability in the law concerning the amounts awarded for this type of prejudice, appropriate parameters of assessment must be established. Although a parent's grief over the death of a child cannot be compensated adequately, the assessment of the moral prejudice depends on the assessment of the evidence presented to the court. From this perspective, it is appropriate to develop criteria in order to preserve the objectivity of the process. Furthermore, while remaining sensitive to the particular circumstances of each case, such a process cannot ignore the limits of the principle of *restitutio in integrum* in this area in which moderation and predictability must always be fostered. In assessing the moral prejudice resulting from the death of a loved one, a court should consider the following factors, *inter alia*: the circumstances of the death, the ages of the deceased and the parent, the nature and quality of the relationship between the deceased and the parent, the parent's personality and ability to manage the emotional consequences of the death, and the effect of the death on the parent's life in light, *inter alia*, of the presence of other children or the possibility of having others. In this case, taking these factors into account, an award in the order of \$25,000 might be fair and reasonable in the circumstances, although it remains to the Court of Appeal to fix the quantum, after hearing the parties on this point.

(2) *Right of parenthood*

Neither the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nor the *Quebec Charter* protects the right to maintain and continue a parent-child relationship. The Court of Appeal was thus correct both in refusing to recognize interference with the appellant's right of parenthood and in rejecting this head of compensation.

(3) *Loss of life or of life expectancy*

Since the right to life is extinguished when the victim dies, an action for damages for loss of life or shortening

règle de l'exclusion du *solatium doloris* comme chef de dommages compensables. Quant à l'utilité comparative des indemnités prévues dans certaines lois de caractère social, elle ne peut qu'être limitée car ces lois accordent des sommes en général moins importantes afin d'indemniser un plus grand nombre de personnes qui n'auraient pas nécessairement été compensées selon les principes de droit commun de la responsabilité civile. En reconnaissant l'indemnisation pour *solatium doloris* en droit civil québécois sans avoir établi de nouveaux critères d'évaluation du préjudice à cet égard, la Cour d'appel a donc privé l'appelante de son droit d'être compensée intégralement pour le préjudice moral qu'elle a subi en raison du décès de son fils. De plus, le besoin de certitude et de prévisibilité du droit à l'égard des montants accordés pour ce type de préjudice exige que des paramètres d'évaluation appropriés soient établis. Bien que la douleur d'un parent causée par la mort d'un enfant ne puisse être compensée adéquatement, l'évaluation du préjudice moral dépend de l'appréciation de la preuve présentée devant le tribunal. Dans cette perspective, l'élaboration de certains critères est de mise pour préserver l'objectivité de la démarche. De plus, tout en faisant preuve de sensibilité aux particularités de chaque cas, on ne saurait ignorer les limites du principe de restitution intégrale dans ce domaine où la modération et la prévisibilité doivent être favorisées. Dans son évaluation du préjudice moral découlant du décès d'un être cher, un tribunal devrait considérer notamment les critères suivants: les circonstances du décès, l'âge de la victime et du parent, la nature et la qualité de la relation entre la victime et le parent, la personnalité du parent et sa capacité de gérer les conséquences émotives du décès, l'effet du décès sur la vie du parent à la lumière, entre autres, de la présence d'autres enfants ou de la possibilité d'en avoir d'autres. En l'espèce, lorsqu'on tient compte de ces critères, une indemnité de l'ordre de 25 000 \$ pourrait représenter une somme juste et raisonnable dans les circonstances, mais il appartiendra à la Cour d'appel de fixer le quantum après audition des parties sur ce point.

(2) *Droits parentaux*

Ni la *Charte canadienne des droits et libertés* ni la *Charte québécoise* ne reconnaissent le droit de conserver et de continuer une relation parent-enfant. La Cour d'appel était donc justifiée de refuser de reconnaître à l'appelante une atteinte à ses droits parentaux et de rejeter ce chef de compensation.

(3) *Perte de vie ou perte d'expectative de vie*

Le droit à la vie prenant fin avec le décès de la victime, un recours en dommages pour perte de vie ou

of life, where the victim dies immediately as a result of the wrongful act or survives a few hours without regaining consciousness before dying, cannot become part of the victim's patrimony and, therefore, cannot be transmitted to his or her heirs. The right to life guaranteed by s. 1 of the Quebec *Charter* does not require a change to this principle of non-transmissibility. The *Charter* has not created an autonomous system of civil liability and, although it has helped clarify the scope of fundamental rights in Quebec law, it did not create the right to life, which has always been valued and recognized in Quebec civil law. The major judicial policy considerations underlying the judge-made principle that the right to claim damages for loss of life or of life expectancy cannot be transmitted to one's heirs — the most significant of which is that it is extremely difficult to quantify life — have continued to be just as relevant since the advent of the *Charter*. Loss of life or of life expectancy, by its very nature, constitutes a unique prejudice which justifies departing from the civil liability rule of *restitutio in integrum*. Moreover, in light of the basically remedial function of the civil liability system, it is hard to justify compensating a prejudice the very nature of which will systematically ensure that the victim is unable to gain any benefit therefrom. Thus, no compensation can be awarded in respect of the appellant's claim for interference with her son's right to life under either art. 1053 C.C.L.C. or ss. 1 and 49 of the *Charter*. The refusal to award compensation does not depreciate the right to life. Finally, the victim's right to personal security was not interfered with independently of his right to life when G trained his weapon upon him in the aim of keeping him under control at a distance.

(4) Exemplary damages

The Court of Appeal was right to refuse to award exemplary damages to the appellant. While unlawful interference with a right protected by the *Charter* has been established — the victim's right to life was infringed as a result of G's wrongful conduct — this unlawful interference was not "intentional" within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. There is unlawful and intentional interference within the meaning of that paragraph when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause. In this case, the trial judge

abrégement de vie, lorsque la victime décède immédiatement en raison de l'acte fautif ou y survit quelques heures sans toutefois reprendre conscience avant de mourir, n'est pas susceptible d'entrer dans le patrimoine de la victime et ne saurait donc être transmis à ses héritiers. Le droit à la vie garanti à l'art. 1 de la *Charte* québécoise ne requiert pas que soit modifié ce principe de non-transmissibilité. La *Charte* n'a pas créé un régime autonome de responsabilité civile et, bien qu'elle ait contribué à préciser la portée des droits fondamentaux en droit québécois, elle n'a pas créé le droit à la vie, lequel a toujours été valorisé et reconnu en droit civil québécois. Les importantes considérations de politique judiciaire sous-tendent le principe jurisprudentiel de non-transmissibilité aux héritiers du droit de réclamer des dommages pour perte de vie ou d'expectative de vie — la plus significative étant l'extrême difficulté de quantifier la vie — conservent toute leur pertinence depuis l'avènement de la *Charte*. De par sa nature, la perte de vie ou d'expectative de vie constitue un préjudice unique qui justifie de déroger à la règle de la restitution intégrale de la responsabilité civile. Par ailleurs, à la lumière de la fonction essentiellement réparatrice du régime de responsabilité civile, il est difficile de justifier l'indemnisation d'un préjudice dont la nature même fera systématiquement en sorte que la victime ne pourra en tirer un quelque profit que ce soit. La réclamation de l'appelante pour atteinte au droit à la vie de son fils ne saurait donc faire l'objet d'une indemnisation, tant en vertu de l'art. 1053 C.c.B.C. que des art. 1 et 49 de la *Charte*. Le refus d'accorder une indemnisation n'a pas pour effet de dévaloriser le droit à la vie. Enfin, le droit de la victime à la sûreté de sa personne n'a pas été violé indépendamment de son droit à la vie lorsque G a pointé son arme vers elle dans le but de la contrôler à distance.

(4) Dommages exemplaires

La Cour d'appel a eu raison de refuser d'accorder des dommages exemplaires à l'appelante. Bien que l'existence d'une atteinte illicite à un droit protégé par la *Charte* ait été établie — le droit à la vie de la victime a été violé en raison de la conduite fautive de G —, cette atteinte illicite n'était pas « intentionnelle » au sens du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Il y a atteinte illicite et intentionnelle au sens de cet alinéa lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive, ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences immédiates et naturelles, ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. En l'espèce, le juge du procès a donc erré en droit en concluant que le comportement négligent de

therefore erred in law in holding that G's negligent conduct was sufficient to constitute "unlawful and intentional interference". It is clear from the evidence that G did not shoot to kill the victim and that he did not fire his weapon intentionally. Furthermore, since using a weapon to keep a suspect under control at a distance is standard police practice, the unfortunate consequences of doing so in this case surely cannot be characterized as "immediate and natural" or even as "extremely probable".

Cases Cited

Overruled: *Canadian Pacific Railway Co. v. Robinson* (1887), 14 S.C.R. 105; **applied:** *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, [1961] S.C.R. 201, aff'd [1960] Que. Q.B. 313; *Pantel v. Air Canada*, [1975] 1 S.C.R. 472; **distinguished:** *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; **referred to:** *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834; *Robinson v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1892] A.C. 481; *Miller v. Grand Trunk Railway Co. of Canada*, [1906] A.C. 187; *Town of Montreal West v. Hough*, [1931] S.C.R. 113; *Canadian Pacific Railway Co. v. Lachance* (1909), 42 S.C.R. 205; *Montreal Tramways Co. v. Lindner*, [1939] S.C.R. 405; *Ravary v. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1860), 6 L.C.J. 49; *Provost v. Jackson* (1869), 13 L.C.J. 170; *Vanasse v. Cité de Montréal* (1888), 16 R.L. 386; *Cadoret v. Cité de Montréal* (1888), 16 R.L. 397, note 1; *Hospice Desrosiers v. The King* (1920), 60 S.C.R. 105; *Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629; *Macartney v. Islic* (1996), 34 C.C.L.I. (2d) 119; *Wilson v. Martinello* (1993), 47 A.C.W.S. (3d) 69, aff'd (1995), 23 O.R. (3d) 417; *Guimond v. Guimond Estate* (1995), 160 N.B.R. (2d) 278; *Lian v. Money* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 16, aff'd (1996), 15 B.C.L.R. (3d) 1; *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; *Nightingale v. Mazerall and Elliott* (1991), 121 N.B.R. (2d) 319; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *R. v.*

G suffisait pour constituer une «atteinte illicite et intentionnelle». La preuve révèle clairement que G n'a pas tiré dans le but de tuer la victime et que son arme n'a pas été actionnée intentionnellement. Par ailleurs, le contrôle à distance d'un suspect au moyen d'une arme étant pratique courante dans le corps policier, les conséquences malheureuses auxquelles ce geste a donné lieu dans la présente affaire ne peuvent certainement pas être qualifiées d'«immédiates et naturelles», ni même d'«extrêmement probables».

Jurisprudence

Arrêt renversé: *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson* (1887), 14 R.C.S. 105; **arrêts appliqués:** *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201, conf. [1960] B.R. 313; *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472; **distinction d'avec l'arrêt:** *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Robinson c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1892] A.C. 481; *Miller c. Grand Trunk Railway Co. of Canada*, [1906] A.C. 187; *Town of Montreal West c. Hough*, [1931] R.C.S. 113; *Canadian Pacific Railway Co. c. Lachance* (1909), 42 R.C.S. 205; *Montreal Tramways Co. c. Lindner*, [1939] R.C.S. 405; *Ravary c. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1860), 6 L.C.J. 49; *Provost c. Jackson* (1869), 13 L.C.J. 170; *Vanasse c. Cité de Montréal* (1888), 16 R.L. 386; *Cadoret c. Cité de Montréal* (1888), 16 R.L. 397, note 1; *Hospice Desrosiers c. The King* (1920), 60 R.C.S. 105; *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629; *Macartney c. Islic* (1996), 34 C.C.L.I. (2d) 119; *Wilson c. Martinello* (1993), 47 A.C.W.S. (3d) 69, conf. par (1995), 23 O.R. (3d) 417; *Guimond c. Guimond Estate* (1995), 16 R.N.-B. (2^e) 278; *Lian c. Money* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 16, conf. par (1996), 15 B.C.L.R. (3d) 1; *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; *Nightingale c. Mazerall and Elliott* (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 319; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services*

Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

Statutes and Regulations Cited

Act for compensating the Families of Persons killed by Accidents (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 93 (*Lord Campbell's Act*).

Act for compensating the Families of Persons killed by Accident, and for other purposes therein mentioned, S. Prov. Can. 1847, 10 & 11 Vict., c. 6 [later R.S.C. 1859, c. 78].

Administration of Justice Act 1982 (U.K.), 1982, c. 53, s. 1(1)(a).

Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1 [repl. 1982, c. 61, s. 1], 39 [repl. 1980, c. 39, s. 61], 49.

Civil Code of Lower Canada, arts. 626 [repl. 1915, c. 74, s. 6], 1053, 1054 [am. 1977, c. 72, s. 7], 1056 [am. 1930, c. 98, s. 1; am. 1970, c. 62, s. 11; am. 1980, c. 39, s. 42].

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3, 1457.

Crime Victims Compensation Act, R.S.Q., c. I-6.

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3.

Fatal Accidents Act, R.S.A. 1980, c. F-5, s. 8(2) [rep. & sub. 1994, c. 16, s. 5].

Fatal Accidents Act, R.S.N.B. 1973, c. F-7, s. 3(4) [ad. 1986, c. 36, s. 1].

Authors Cited

André, Robert. *La réparation du préjudice corporel*. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1986.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.

Baudouin, Jean-Louis. «Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse» (1966), 44 *Can. Bar Rev.* 391.

Baudouin, Louis. *Le droit civil de la province de Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.

Baudouin, Louis. «Le *Solatium doloris*» (1955), 2 *C. de D.* 55.

Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?» (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197.

Dupichot, Jacques. *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*. Paris: L.G.D.J., 1969.

publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

Lois et règlements cités

Act for compensating the Families of Persons killed by Accidents (R.-U.), 9 & 10 Vict., ch. 93 (*Lord Campbell's Act*).

Acte pour donner aux familles des personnes tuées par accident la faculté de réclamer des dommages, et pour d'autres fins y mentionnées, S. Prov. Can. 1847, 10 & 11 Vict., ch. 6 [plus tard S.R.C. 1859, ch. 78].

Administration of Justice Act 1982 (R.-U.), 1982, ch. 53, art. 1(1)a).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1 [repl. 1982, c. 61, art. 1], 39 [repl. 1980, ch. 39, art. 61], 49.

Code civil du Bas Canada, art. 626 [repl. 1915, ch. 74, art. 6], 1053, 1054 [mod. 1977, ch. 72, art. 7], 1056 [mod. 1930, ch. 98, art. 1; mod. 1970, ch. 62, art. 11; mod. 1980, ch. 39, art. 42].

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3, 1457.

Fatal Accidents Act, R.S.A. 1980, ch. F-5, art. 8(2) [abr. & rempl. 1994, ch. 16, art. 5].

Loi sur l'assurance-automobile, L.R.Q., ch. A-25.

Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, L.R.Q., ch. I-6.

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3.

Loi sur les accidents mortels, L.R.N.-B. 1973, ch. F-7, art. 3(4) [aj. 1986, ch. 36, art. 1].

Doctrine citée

André, Robert. *La réparation du préjudice corporel*. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1986.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.

Baudouin, Jean-Louis. «Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse» (1966), 44 *R. du B. can.* 391.

Baudouin, Louis. *Le droit civil de la province de Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.

Baudouin, Louis. «Le *Solatium doloris*» (1955), 2 *C. de D.* 55.

Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?» (1978), 56 *R. du B. can.* 197.

Dupichot, Jacques. *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*. Paris: L.G.D.J., 1969.

- Frenette, Orville. *L'incidence du décès de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit sur l'action en indemnité*. Ottawa: Université d'Ottawa, 1961.
- Gardner, Daniel. *L'évaluation du préjudice corporel*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Luntz, Harold. *Assessment of Damages*, 3rd ed. Melbourne: Butterworths, 1990.
- Mayrand, Albert. «Les chefs d'indemnité en cas d'accident mortel» (1968), 9 *C. de D.* 639.
- McClurg, Andrew Jay. «It's a Wonderful Life: The Case for Hedonic Damages in Wrongful Death Cases» (1990), 66 *Notre Dame L. Rev.* 57.
- Nantel, Maréchal. «Le recours des parents en vertu de l'article 1056 C.c. est-il de droit anglais?» (1930), 8 *R. du D.* 469.
- Poirier, Jean Sébastien. «Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du Code civil du Bas Canada et le *solatium doloris*» (1995), 29 *R.J.T.* 657.
- VanHorne, Robert D. «Wrongful Death Recovery: Quagmire of the Common Law» (1985-86), 34 *Drake L. Rev.* 987.
- Viney, Geneviève. «Responsabilité civile», J.C.P. 1995, éd. G, I, 3853.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. 4, *Les obligations: la responsabilité — conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. 5, *Les obligations: la responsabilité — effets*. Paris: L.G.D.J., 1988.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf updated December 1995, release 4).
- Walker, David M. *Principles of Scottish Private Law*, vol. 2, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- Wasserman, Gertrude. «'Solatium Doloris' as an element in the awarding of damages arising from delict and quasi-delict» (1953), 13 *R. du B.* 127.
- Frenette, Orville. *L'incidence du décès de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit sur l'action en indemnité*. Ottawa: Université d'Ottawa, 1961.
- Gardner, Daniel. *L'évaluation du préjudice corporel*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Luntz, Harold. *Assessment of Damages*, 3rd ed. Melbourne: Butterworths, 1990.
- Mayrand, Albert. «Les chefs d'indemnité en cas d'accident mortel» (1968), 9 *C. de D.* 639.
- McClurg, Andrew Jay. «It's a Wonderful Life: The Case for Hedonic Damages in Wrongful Death Cases» (1990), 66 *Notre Dame L. Rev.* 57.
- Nantel, Maréchal. «Le recours des parents en vertu de l'article 1056 C.c. est-il de droit anglais?» (1930), 8 *R. du D.* 469.
- Poirier, Jean Sébastien. «Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du Code civil du Bas Canada et le *solatium doloris*» (1995), 29 *R.J.T.* 657.
- VanHorne, Robert D. «Wrongful Death Recovery: Quagmire of the Common Law» (1985-86), 34 *Drake L. Rev.* 987.
- Viney, Geneviève. «Responsabilité civile», J.C.P. 1995, éd. G, I, 3853.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. 4, *Les obligations: la responsabilité — conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. 5, *Les obligations: la responsabilité — effets*. Paris: L.G.D.J., 1988.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf updated December 1995, release 4).
- Walker, David M. *Principles of Scottish Private Law*, vol. 2, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- Wasserman, Gertrude. «'Solatium Doloris' as an element in the awarding of damages arising from delict and quasi-delict» (1953), 13 *R. du B.* 127.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 335, 68 Q.A.C. 127, 27 C.C.L.T. (2d) 161, reversing in part a judgment of the Superior Court, [1990] R.J.Q. 2641. Appeal allowed in part.

James Murphy, Patrice Deslauriers and Reevin Pearl, for the appellant.

François Poliquin and Pierre-Yves Boisvert, for the respondent the Communauté urbaine de Montréal.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel québécois, [1995] R.J.Q. 335, 68 Q.A.C. 127, 27 C.C.L.T. (2d) 161, qui a infirmé en partie un jugement de la Cour supérieure, [1990] R.J.Q. 2641. Pourvoi accueilli en partie.

James Murphy, Patrice Deslauriers et Reevin Pearl, pour l'appelante.

François Poliquin et Pierre-Yves Boisvert, pour l'intimée la Communauté urbaine de Montréal.

Mario Létourneau and Janine Kean, for the respondent Gosset.

The judgment of the Court was delivered by

Mario Létourneau et Janine Kean, pour l'intimé Gosset.

Le jugement de la Cour a été rendu par

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case has its origins in the death of a 19-year-old black youth who was shot by a police officer. The issue is whether the victim's mother can obtain compensatory damages for *solatium doloris* under arts. 1053 and 1056 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") and, as her son's heir, damages for his loss of life or of life expectancy under ss. 1 and 49 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* (the "Charter"). The Court must also decide whether, in light of the principles enunciated in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, rendered concurrently, it is appropriate in the circumstances of this case to award exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter*.

I. Facts

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Cette affaire origine du décès d'un jeune homme de 19 ans de race noire causé par le coup de feu d'un policier. Il s'agit de déterminer si la mère de la victime peut obtenir des dommages compensatoires à titre de *solatium doloris* en vertu des art. 1053 et 1056 du *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.») et, à titre d'héritière, des dommages pour la perte de vie ou la perte d'expectative de vie de son fils en vertu des art. 1 et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (la «Charte»). La Cour doit aussi décider si, à la lumière des principes dégagés dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, rendu concurremment avec le présent, l'octroi de dommages exemplaires en vertu du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* est approprié dans les circonstances de l'espèce.

I. Les faits

² At about 5:30 a.m. on November 11, 1987, Anthony Griffin having taken a taxi refused to pay the fare upon arriving at his destination. At about 6:30 a.m., the respondent Allan Gosset, a police officer in the employ of the respondent Communauté urbaine de Montréal ("CUM"), and Constable Kimberley Campbell were sent to the scene in response to a call from the taxi driver. When asked by the respondent Gosset to identify himself, the suspect answered that his name was Tony Bowers. After a check with the police station revealed this to be a lie, the respondent Gosset searched him and found a paper bearing the name Anthony Griffin. He learned from a second check that Griffin was wanted and that a warrant had been issued against him. The respondent Gosset consequently arrested Anthony, who was already sitting in the back of the police car, but neither handcuffed nor searched him further.

Le 11 novembre 1987, vers 5 h 30, Anthony Griffin prend un taxi dont il refuse de payer les frais une fois arrivé à destination. Vers 6 h 30, à la suite d'un appel du chauffeur de taxi, l'intimé Allan Gosset, agent de police au service de l'intimée Communauté urbaine de Montréal («CUM»), et le constable Kimberley Campbell sont dépêchés sur les lieux. Requis par l'intimé Gosset de s'identifier, le suspect répond qu'il s'appelle Tony Bowers. Après vérification auprès de la centrale qui révèle la tromperie, l'intimé Gosset le fouille et trouve un papier portant le nom d'Anthony Griffin. Une seconde vérification lui apprend que ce dernier est recherché et qu'un mandat a été émis contre lui. L'intimé Gosset procède donc à l'arrestation d'Anthony, déjà assis sur le siège arrière de la voiture de police, sans toutefois lui passer les menottes ni le fouiller davantage.

³ At about 7:00 a.m., the police car left the scene for the police station. When they arrived, the

Vers 7 h, la voiture de police quitte les lieux pour se rendre au poste de police. Arrivé à destina-

respondent Gosset, who was seated on the passenger side, got out of the car and opened the door for Anthony, who upon getting out, started to run. The respondent Gosset began chasing him. At the same time, he drew his revolver, and ordered Anthony to stop running, shouting for the first time, "Stop". Anthony immediately stopped and turned to face the respondent Gosset, shifting his weight from foot to foot; he did not stand perfectly still. The respondent shouted "Stop" a second time and then, aiming his revolver at Anthony, shouted "Stop or I'll shoot". At that instant, a gunshot hit Anthony in the head. The victim was taken to the Jewish General Hospital, where he never regained consciousness, and died at 11:45 a.m. the same day. Criminal proceedings were instituted, and, after this Court had ruled on an appeal therefrom (*R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76), the respondent Gosset was acquitted in the end.

Anthony's mother, the appellant Gloria Augustus, brought a civil liability action against the respondents Gosset and CUM, claiming \$858,591 in compensatory and exemplary damages for her son's death. Anthony's father, the *mis en cause* Orberth Griffin, intervened in the action and himself claimed \$760,000 from the respondents.

During the trial, the appellant filed a motion to amend her declaration, *inter alia* to permit her to claim damages for interference with her "right of parenthood" under the *Charter*. That application was dismissed by interlocutory judgment dated May 22, 1990.

On July 20, 1990, the Superior Court of Quebec allowed the appellant's action in part: [1990] R.J.Q. 2641. The respondents Gosset and CUM were ordered jointly and severally to pay \$10,795 and \$3,795 in compensatory damages to the appellant and the *mis en cause*, respectively. As for exemplary damages, only the respondent Gosset was ordered to pay \$4,000 to each of the victim's parents.

All the parties except the CUM appealed that decision. On January 13, 1995, the Quebec Court

tion, l'intimé Gosset, qui était assis du côté du passager, descend de la voiture et ouvre la portière à Anthony. Ce dernier en descend et se met alors à courir. L'intimé Gosset se lance à sa poursuite tout en dégainant son revolver et ordonne à Anthony de s'arrêter en lui criant une première fois [TRADUCTION] «Arrête». Anthony s'arrête immédiatement et se retourne pour faire face à l'intimé Gosset, en se balançant d'une jambe à l'autre, sans s'immobiliser complètement. L'intimé crie une seconde fois «Arrête», puis, tout en pointant son revolver vers Anthony, crie [TRADUCTION] «Arrête ou je tire». À cet instant, un coup de feu atteint Anthony à la tête. La victime est transportée à l'Hôpital Général Juif, où elle n'a jamais repris conscience, et décède à 11 h 45 le même jour. Une poursuite criminelle est intentée et, après que notre Cour se fut prononcée (*R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76), l'intimé Gosset est finalement acquitté.

La mère d'Anthony, l'appelante Gloria Augustus, intente une action en responsabilité civile contre les intimés Gosset et CUM et leur réclame 858 591 \$ à titre de dommages compensatoires et exemplaires pour le décès de son fils. Le père d'Anthony, le *mis en cause* Orberth Griffin, intervient à l'action et réclame, quant à lui, 760 000 \$ des intimés.

Lors du procès, l'appelante présente une requête pour amender sa déclaration, notamment afin de lui permettre de réclamer des dommages pour atteinte à ses droits parentaux (*right of parenthood*) en vertu de la *Charte*. Cette demande est rejetée par jugement interlocutoire en date du 22 mai 1990.

Le 20 juillet 1990, la Cour supérieure du Québec accueille en partie l'action de l'appelante: [1990] R.J.Q. 2641. Les intimés Gosset et CUM sont condamnés conjointement et solidairement à payer 10 795 \$ et 3 795 \$ à l'appelante et au *mis en cause* respectivement, à titre de dommages compensatoires. Quant aux dommages exemplaires, seul l'intimé Gosset est condamné à verser 4 000 \$ à chacun des parents de la victime.

Toutes les parties, à l'exception de la CUM, interjettent appel de cette décision. Le 13 janvier

4

5

6

7

of Appeal rendered three judgments: it dismissed the appeal of the victim's father, while the majority allowed the appellant's appeal in part and allowed the appeal of the respondent Gosset (the reasons of the majority with respect to the latter two appeals were written in English and French, respectively): [1995] R.J.Q. 335, 68 Q.A.C. 127, 27 C.C.L.T. (2d) 161. The majority ordered the respondents Gosset and CUM to pay the appellant \$16,795 in compensatory damages, including \$15,000 under the head of *solatium doloris*, but refused both to recognize interference with her "right of parenthood" and to award her compensation as her son's heir for his loss of life expectancy and interference with his right to life and security. The majority of the court also refused to order the respondent Gosset to pay any amount whatsoever in exemplary damages and reversed the Superior Court's decision on this point. The appellant is appealing that judgment; the victim's father did not appeal it to this Court.

II. Relevant Statutory Provisions

8 The possibility of claiming compensatory damages in Quebec for *solatium doloris* is based on arts. 1053 and 1056 C.C.L.C. Those provisions, which have now been replaced by the single art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, read as follows:

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.

1056. In all cases where the person injured by the commission of an offence or a quasi-offence dies in consequence, without having obtained indemnity or satisfaction, his consort and his ascendant and descendant relations have a right, but only within a year after his death, to recover from the person who committed the offence or quasi-offence, or his representatives, all damages occasioned by such death.

9 The recognition of parental rights is said to be based, *inter alia*, on s. 39 of the *Charter*, which reads as follows:

1995, la Cour d'appel du Québec rend trois jugements: elle rejette l'appel du père de la victime et, à la majorité, accueille en partie l'appel de l'appelante et accueille l'appel de l'intimé Gosset (les motifs majoritaires étant rédigés en anglais et en français respectivement): [1995] R.J.Q. 335, 68 Q.A.C. 127, 27 C.C.L.T. (2d) 161. La majorité condamne les intimés Gosset et CUM à payer à l'appelante 16 795 \$ à titre de dommages compensatoires, dont 15 000 \$ sous le chef de *solatium doloris*, mais refuse de reconnaître une atteinte à ses droits parentaux ainsi que de la compenser, à titre d'héritière, pour la perte d'expectative de vie de même que pour l'atteinte au droit à la vie et à la sûreté de son fils. De plus, la cour, toujours à la majorité, refuse de condamner l'intimé Gosset au versement de quelque montant que ce soit à titre de dommages exemplaires et infirme la décision de la Cour supérieure à cet égard. C'est contre ce jugement que l'appelante se pourvoit, le père de la victime n'en ayant pas appelé devant nous.

II. Les dispositions législatives pertinentes

La possibilité de réclamer, au Québec, des dommages compensatoires pour *solatium doloris* met en cause les art. 1053 et 1056 C.c.B.C. Ces articles, que maintenant seul l'art. 1457 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, remplace, prévoient:

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.

1056. Dans tous les cas où la partie contre qui le délit ou quasi-délit a été commis décède en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses ascendants et ses descendants ont, pendant l'année seulement à compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants, pour les dommages-intérêts résultant de tel décès.

La reconnaissance de droits parentaux, quant à elle, prendrait sa source notamment à l'art. 39 de la *Charte*, qui prévoit:

39. Every child has a right to the protection, security and attention that his parents or the persons acting in their stead are capable of providing.

Finally, questions relating to compensation for loss of life or of life expectancy and the awarding of exemplary damages relate to ss. 1 and 49 of the *Charter*, which read as follows:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

III. Judgments

Superior Court

After reviewing the evidence, and in particular the testimony of Constable Kimberley Campbell concerning the events immediately before the shot was fired, Guthrie J. found that the respondent Gosset was negligent in aiming his weapon with his finger on the trigger while running and that this negligence was the direct cause of the victim's death. In his view, such a use of force was neither necessary nor justified in the circumstances. The judge concluded, however, that the evidence did not support the allegations of racial discrimination. Since the CUM had admitted that, as the respondent Gosset's employer, it was liable for his negligence, the judge, therefore, held them jointly and severally liable for compensatory damages under arts. 1053 and 1054 *C.C.L.C.*

On the issue of the quantum of compensatory damages, the trial judge dismissed the appellant's claim for *solatium doloris* under arts. 1053 and 1056 *C.C.L.C.* In his view, this head of damage is not compensable in Quebec. He also refused to

39. Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

Finalement, les questions relatives à l'indemnisation pour perte de vie ou perte d'expectative de vie ainsi qu'à l'octroi de dommages exemplaires touchent aux art. 1 et 49 de la *Charte*, qui se lisent ainsi:

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

III. Les jugements

La Cour supérieure

Après une revue de la preuve, et plus particulièrement du témoignage du constable Kimberley Campbell quant aux événements qui ont immédiatement précédé le coup de feu, le juge Guthrie conclut que l'intimé Gosset, en pointant son arme avec le doigt sur la gâchette pendant qu'il courait, a été négligent et que cette négligence a été la cause directe du décès de la victime. Un tel recours à la force, selon lui, n'était ni nécessaire ni justifié dans les circonstances. À cet égard, cependant, le juge considère que les allégations de discrimination raciale ne sont pas soutenues par la preuve. Par conséquent, la CUM ayant admis sa responsabilité à titre d'employeur pour la négligence de l'intimé Gosset, le juge les déclare conjointement et solidairement responsables pour dommages compensatoires en vertu des art. 1053 et 1054 *C.c.B.C.*

En ce qui a trait au quantum des dommages compensatoires, le juge de première instance rejette la réclamation de l'appelante relative au *solatium doloris* en vertu des art. 1053 et 1056 *C.c.B.C.* Selon lui, ce chef de dommages n'est pas

10

11

12

compensate the appellant, as her son's heir, for his loss of life expectancy and suffering, as it appeared from the evidence that he would not have been aware of this suffering. However, the trial judge held that the appellant should receive \$9,000 for loss of moral and financial support. On this point, he noted that Anthony, who was 19 and the appellant's only child, was no longer living with her. Furthermore, in light of the victim's problems with the law and the fact that he had neither a diploma nor known employment at the time, the judge considered it unlikely that he would have provided financial support. As for the victim's father, since after leaving the appellant he had not been in contact with his son from 1972 to 1985, until Anthony himself took the initiative to visit him on two occasions, the judge awarded him \$2,000. Finally, each of the victim's parents was awarded \$1,795 for funeral expenses.

compensable au Québec. De même, il refuse d'indemniser l'appelante, à titre d'héritière, pour la perte d'expectative de vie ainsi que les souffrances de son fils qui, à la lumière de la preuve, n'en aurait pas eu conscience. Par contre, le juge du procès conclut que l'appelante doit recevoir 9 000 \$ pour perte de soutien moral et perte de soutien financier. À cet égard, il note que Anthony, âgé de 19 ans, ne vivait plus avec l'appelante dont il était le seul enfant. De plus, à la lumière des démêlés de la victime avec la justice ainsi que le fait qu'il ne détenait alors ni diplôme ni emploi connu, le juge estime qu'un soutien financier de sa part eût été peu probable. Quant au père de la victime, n'ayant eu aucun contact avec son fils de 1972 à 1985 après qu'il eut quitté l'appelante et jusqu'à ce qu'Anthony ait lui-même entrepris, à deux reprises, des démarches afin de lui rendre visite, le juge fixe l'indemnité à 2 000 \$. Finalement, les frais funéraires sont accordés à raison de 1 795 \$ à chacun des parents de la victime.

13

Although the trial judge found that the respondent Gosset had not intended to kill Anthony, the claim for exemplary damages against him was granted. According to the judge, while gross negligence is not sufficient to justify awarding exemplary damages, wanton or reckless misconduct, such as that of the respondent Gosset in the case at bar, should be. Thus, the way the respondent Gosset handled his weapon when he knew or ought to have known that he was placing the victim's security in jeopardy amounted to "unlawful and intentional interference" within the meaning of s. 1 and the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. He added that the right to claim exemplary damages was, by its very nature, transmissible to Anthony's parents as his heirs and that this right arose the instant the respondent Gosset aimed his weapon at the victim. However, the judge refrained from awarding damages under this head against the respondent CUM on the ground that an employer cannot be required to pay exemplary damages unless it expressly or implicitly authorized or ratified the employee's reprehensible act. In this case, the respondent CUM did not authorize the force used by the respondent Gosset and, since it immediately suspended him from his duties and

Par ailleurs, il est fait droit à la réclamation pour dommages exemplaires à l'égard de l'intimé Gosset, et ce, bien que le juge du procès reconnaisse que ce dernier n'ait pas eu l'intention de tuer Anthony. Si, de l'avis du juge, la faute lourde simple n'est pas suffisante pour permettre l'octroi de dommages exemplaires, la faute lourde dolosive, comme celle de l'intimé Gosset en l'espèce, devrait l'être. En ce sens, la façon dont l'intimé Gosset a manipulé son arme, alors qu'il savait ou devait savoir qu'il mettait en péril la sûreté de la victime, équivaut à une «atteinte illicite et intentionnelle» au sens de l'art. 1 et du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Il ajoute que le droit de réclamer des dommages exemplaires est, de par sa nature, transmissible aux parents d'Anthony en leur qualité d'héritiers, ce droit étant né au moment où l'intimé Gosset a pointé son arme vers la victime. Toutefois, le juge s'abstient de prononcer une condamnation sous ce chef de dommages à l'égard de l'intimée CUM, étant d'opinion qu'un employeur ne saurait être tenu à des dommages exemplaires à moins qu'il n'ait expressément ou implicitement autorisé ou ratifié l'acte répréhensible de son employé. Ici, l'intimée CUM n'a pas autorisé l'usage de la force utilisée par l'intimé

subsequently dismissed him, neither did it ratify his actions.

Concerning the quantum of exemplary damages, the trial judge considered that this must be calculated on the basis of the following criteria: the preventive and deterrent role such damages play, the conduct of the person guilty of interference, the seriousness of the prejudice suffered by the victim, the financial resources of the person guilty of interference, the amount of compensatory damages awarded, the duration of the reprehensible conduct, any punishment already meted out to the person guilty of interference, the amount of any profit or benefit derived by the person guilty of interference from his or her reprehensible behaviour, and any provocation on the part of the victim. He accordingly set the quantum of the exemplary damages at \$8,000, which was to be divided equally between the victim's parents in accordance with art. 626 C.C.L.C.

Court of Appeal (Vallerand, Fish (dissenting in part) and Deschamps JJ.A.), [1995] R.J.Q. 335

The court began by disposing of the appeal from the interlocutory judgment dismissing the appellant's motion to amend her declaration in order, *inter alia*, to insert a claim for interference with her parental rights under the *Charter*. After explaining that leave is not required to appeal such a judgment on an appeal from the final judgment, the court agreed with the trial judge that parental rights are protected by neither the Quebec *Charter* nor the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and held that the interlocutory judgment was accordingly well founded.

Since the civil liability of the respondents Gosset and CUM was not contested, the Court of Appeal limited its discussion to the issue of the prejudice and its quantum.

On the issue of the amount of compensatory damages, the majority of the court refused to grant the appellant's claim, as her son's heir, for his loss of life expectancy under art. 1053 C.C.L.C. According to the court, the law as it now stands in

Gosset et, l'ayant immédiatement suspendu de ses fonctions puis congédié, n'a pas non plus ratifié ses gestes.

Quant au montant des dommages exemplaires, le juge du procès estime qu'il doit être calculé en fonction des critères suivants: le rôle préventif et dissuasif des dommages exemplaires, la conduite de l'auteur, la gravité du préjudice subi par la victime, les ressources financières de l'auteur, le montant des dommages compensatoires, la durée de la conduite répréhensible, les autres peines imposées à l'auteur, les profits tirés par l'auteur de sa conduite répréhensible et la provocation de la part de la victime. Il fixe donc le montant de dommages exemplaires à 8 000 \$, à être partagé également entre les parents de la victime, conformément à l'art. 626 C.c.B.C.

La Cour d'appel (les juges Vallerand, Fish (dissent en partie) et Deschamps), [1995] R.J.Q. 335

La cour traite d'abord de l'appel du jugement interlocutoire rejetant la requête de l'appelante pour amender sa déclaration, entre autres, afin d'y inclure une réclamation pour atteinte à ses droits parentaux en vertu de la *Charte*. Précisant qu'aucune permission n'est requise pour interjeter appel d'un tel jugement lors de l'appel du jugement final, la cour est d'avis, à l'instar du juge du procès, que les droits parentaux ne sont reconnus ni par la *Charte* québécoise, ni par la *Charte canadienne des droits et libertés* et que le jugement interlocutoire est, par conséquent, bien fondé.

La responsabilité civile des intimés Gosset et CUM n'étant pas contestée, la Cour d'appel n'aborde que la question du préjudice et de son quantum.

Sur la question du montant des dommages compensatoires, la cour, à la majorité, refuse d'accéder à la réclamation de l'appelante, à titre d'héritière, pour la perte d'expectative de vie de son fils en vertu de l'art. 1053 C.c.B.C. La cour estime que

14

15

16

17

Quebec establishes a right to compensation only if the prejudice is proven and, on the basis of the functional approach it considered this Court to have adopted, the victim is capable of appreciating that compensation. In the case at bar, the victim lost consciousness almost immediately after being shot and died a few hours later. As a result, the right to recover damages under this head did not become part of his patrimony and could not be transmitted to his heirs.

18 Furthermore, for the same reasons, the court did not award the appellant compensation for the infringement of her son's right to life and security under s. 1 of the *Charter*. On this point, Vallerand J.A. noted that s. 49 of the *Charter* merely restates the principle previously established in art. 1053 C.C.L.C. and, in light of the presumption of stability of the law, cannot overturn the judge-made rule that a person's right to life is extinguished when he or she dies.

19 Fish J.A., in dissent, considered that judge-made rule inconsistent with the right to compensation for the moral prejudice resulting from unlawful interference with the right to life and to personal security and inviolability under ss. 1 and 49 of the *Charter*, the right unlawfully interfered with in the present case. In his view, there was, therefore, a right to compensation under both art. 1053 C.C.L.C. and s. 49 of the *Charter*, although he pointed out that double compensation could not be awarded.

20 On the issue of compensation for *solatium doloris* under arts. 1053 and 1056 C.C.L.C., the court unanimously held that this head of damage is compensable in Quebec civil law. After reviewing the historical background of and case law relating to art. 1056 C.C.L.C. and referring to French law, the court concluded that, in the case at bar, although the trial judge erred in holding that the law as it now stands in Quebec does not authorize an award for *solatium doloris*, he did make an award for moral damage to compensate for [TRANSLATION] "injury to feelings caused by the death of a loved one", which is exactly what *solatium doloris* entails. In the circumstances, however, the trial judge's award of \$9,000 for loss of

l'état actuel du droit au Québec ne donne droit à compensation que si le préjudice est prouvé et que, selon l'approche fonctionnelle que notre Cour aurait adoptée, la victime est en mesure d'apprécier cette compensation. En l'espèce, la victime a perdu conscience presque immédiatement après le coup de feu et est décédée quelques heures plus tard. Par conséquent, le droit de recouvrer des dommages sous ce chef n'est pas entré dans son patrimoine et n'a pu être transmis à ses héritiers.

Par ailleurs, et pour les mêmes raisons, la cour n'accorde aucune indemnité à l'appelante pour la violation du droit à la vie et à la sûreté de son fils protégé par l'art. 1 de la *Charte*. Sur ce point, le juge Vallerand note que l'art. 49 de la *Charte* réitère simplement le principe déjà établi à l'art. 1053 C.c.B.C. et, conformément à la présomption de stabilité du droit, ne saurait faire échec à la règle jurisprudentielle suivant laquelle le droit à la vie d'une personne s'éteint avec son décès.

Le juge Fish, dissident, est d'avis que cette règle jurisprudentielle est incompatible avec le droit à la réparation du préjudice moral résultant d'une atteinte illicite au droit à la vie, à la sûreté et à l'intégrité de la personne en vertu des art. 1 et 49 de la *Charte*, droit auquel il a été illicitement porté atteinte en l'instance. Par conséquent, selon lui, un droit à la réparation existe tant en vertu de l'art. 1053 C.c.B.C. que de l'art. 49 de la *Charte*, précisant, toutefois, qu'il ne saurait y avoir double compensation.

Quant à l'indemnité pour *solatium doloris* en vertu des art. 1053 et 1056 C.c.B.C., la cour, à l'unanimité, reconnaît qu'en droit civil québécois un tel chef de dommages est compensable. Après une revue de l'historique et de la jurisprudence relatifs à l'art. 1056 C.c.B.C. ainsi qu'une référence au droit français, la cour conclut qu'en l'espèce, bien que le juge du procès ait erré en statuant que l'état du droit au Québec ne permettait pas de compenser le *solatium doloris*, dans les faits, il a accordé une indemnité pour dommages moraux afin de compenser le «préjudice d'affection causé par la mort d'un être cher», précisément ce en quoi consiste le *solatium doloris*. Dans les circonstances, cependant, l'indemnité de 9 000 \$ accordée

moral and financial support was insufficient, and the court raised it to \$15,000. Fish J.A. would instead have awarded \$100,000, half of which would have gone to the appellant. As for the amount awarded to the victim's father, the court did not intervene, since the trial judge considered that in reality he had abandoned his son. According to Vallerand J.A., the trial judge's findings of fact should not be interfered with in light of the principle of non-intervention by a court of appeal, which is not just a warning, but a legal rule.

On the issue of exemplary damages, the majority of the court held that the respondent Gosset's actions did not constitute "intentional interference" within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. In their view, the element of intent does not encompass reckless or negligent interference, no matter how serious, but implies that the person guilty of interference intended the consequences of his or her actions. Thus, in the majority's view, the trial judge erred in law in holding that the state of mind of a person who ought reasonably to have foreseen the consequences of his or her actions is equivalent to that of a person who actually does foresee the consequences of his or her actions and embarks upon them wilfully. In the circumstances, since in aiming his weapon at Anthony the respondent Gosset did not intend to kill him, but to keep him under control at a distance and to ensure that he not resist arrest, the majority held that there was no "intentional interference" within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, reversing the trial judge's decision on this point. The court further held, for essentially the same reasons as the trial judge, that the respondent CUM could not be ordered to pay exemplary damages because it had neither expressly nor implicitly authorized or ratified its employee's reprehensible act.

Fish J.A. agreed with the trial judge that the respondent Gosset knowingly and deliberately used his firearm without justification and, accordingly, interfered unlawfully and intentionally with

par le juge du procès pour perte de support moral et perte de support financier s'avère insuffisante et la cour l'augmente à 15 000 \$. Le juge Fish aurait plutôt accordé une somme de 100 000 \$, dont la moitié en faveur de l'appelante. Quant au montant octroyé au père de la victime, la cour s'abstient d'intervenir puisque le juge du procès a considéré qu'il avait, dans les faits, abandonné son fils. À cet égard, selon le juge Vallerand, à la lumière du principe de non-intervention des cours d'appel — lequel est élevé au rang, non pas d'une simple mise en garde, mais de règle de droit — il n'y a pas lieu d'intervenir au niveau des conclusions de fait du juge de première instance.

En ce qui concerne les dommages exemplaires, la majorité de la cour conclut que les gestes de l'intimé Gosset ne constituent pas une «atteinte intentionnelle» au sens du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Selon elle, cet élément d'intentionnalité exclut les atteintes insouciantes ou négligentes, quelle que soit leur gravité, et suppose que l'auteur de l'atteinte ait voulu les conséquences de ses actes. Ainsi, de l'avis de la majorité, le juge de première instance a erré en droit en décidant que l'état d'esprit d'une personne qui devait raisonnablement prévoir les conséquences de ses gestes équivaut à celui d'une personne qui prévoit effectivement les conséquences de ses gestes et les pose délibérément. Dans les circonstances, puisqu'en pointant son arme vers Anthony l'intimé Gosset ne désirait pas attenter à sa vie, mais plutôt le contrôler à distance pour qu'il se soumette à l'arrestation, la majorité en arrive à la conclusion qu'il n'y a pas eu «atteinte intentionnelle» au sens du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* et infirme la décision du juge de première instance à cet égard. Par ailleurs, la cour juge, essentiellement pour les mêmes motifs que ceux du juge du procès, que l'intimée CUM ne peut être tenue à des dommages exemplaires puisqu'elle n'a ni expressément ni implicitement autorisé ou ratifié l'acte répréhensible de son employé.

Le juge Fish, quant à lui, se rallie à l'opinion du juge du procès qui a conclu que l'intimé Gosset a consciemment et délibérément fait un usage injustifié de son arme à feu et, en ce sens, porté atteinte

the victim's right to security, as opposed to his right to life. It was therefore proper in his view to order the respondent Gosset to pay exemplary damages. Stressing that trial judges must be accorded sufficient freedom in exercising their discretion when assessing the quantum of such damages, Fish J.A. felt that the trial judge's decision to award \$8,000, to be divided equally between the victim's parents, involved no error that would justify the intervention of the Court.

IV. Issues

23

This Court granted leave to appeal the Court of Appeal's decision solely on the following three issues:

1. Did the majority of the Court of Appeal err in law in refusing to find that the appellant is personally entitled to claim compensatory damages for her son's death under the head of *solatium doloris* pursuant to arts. 1053 and 1056 C.C.L.C. or for interference with her parental rights pursuant to ss. 1, 39 and 49 of the *Charter*?
2. Did the majority of the Court of Appeal depreciate the right to life by refusing to recognize the appellant's right as her son's heir to obtain compensatory damages for his loss of life or of life expectancy under ss. 1 and 49 of the *Charter*?
3. Did the majority of the Court of Appeal err in law in determining what constitutes "intentional interference" within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*, and was the result of this error to deny the appellant the right to exemplary damages?

I shall deal with each of these questions in the above order.

V. Analysis

A. *Solatium Doloris*

24

I note that the trial judge refused to award the appellant moral damages for *solatium doloris* but

illicitement et intentionnellement au droit à la sûreté — et non au droit à la vie — de la victime. C'est donc à bon droit, selon lui, que l'intimé Gosset a été condamné à verser une indemnité pour dommages exemplaires. Soulignant qu'une latitude suffisante doit être accordée aux juges de première instance dans l'exercice de leur discrétion en matière d'évaluation du quantum de ces dommages, le juge Fish estime que la conclusion du juge du procès d'accorder une somme de 8 000 \$, répartie également entre les parents de la victime, ne présente aucune erreur qui justifierait l'intervention de la Cour.

IV. Les questions en litige

Notre Cour a accordé permission d'en appeler de la décision de la Cour d'appel uniquement sur les trois questions suivantes:

1. La majorité de la Cour d'appel a-t-elle erré en droit en refusant de reconnaître que l'appelante a personnellement le droit de réclamer des dommages compensatoires pour le décès de son fils, au titre du *solatium doloris* conformément aux art. 1053 et 1056 C.c.B.C. ou pour atteinte à ses droits parentaux en vertu des art. 1, 39 et 49 de la *Charte*?
2. La majorité de la Cour d'appel a-t-elle déprécié le droit à la vie en refusant de reconnaître le droit de l'appelante, à titre d'héritière, d'obtenir des dommages compensatoires pour la perte de vie ou la perte d'expectative de vie de son fils en vertu des art. 1 et 49 de la *Charte*?
3. La majorité de la Cour d'appel a-t-elle erré en droit dans son appréciation de ce qui constitue une «atteinte intentionnelle» au sens du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*, avec pour résultat de nier à l'appelante le droit à des dommages exemplaires?

J'aborderai chacune de ces questions dans le même ordre.

V. Analyse

A. *Le solatium doloris*

Je rappelle que le juge de première instance a refusé d'octroyer des dommages moraux à l'appe-

that he nevertheless awarded her \$9,000 for loss of moral and financial support. The Court of Appeal, unanimous on this point, held that *solatium doloris* is a type of moral prejudice that is compensable in Quebec civil law, also finding that, in the circumstances, the appellant should receive a larger award of \$15,000, according to the majority, and \$50,000, according to Fish J.A.

The appellant pointed out that the question in respect of which leave to appeal was granted is framed incorrectly. She conceded to this Court that the Court of Appeal correctly recognized *solatium doloris* as a head of prejudice that is compensable in Quebec civil law. She now submits instead that the Court of Appeal erred in law in refusing to recognize her right to full compensation for the moral prejudice she actually suffered. More specifically, the appellant criticized the Court of Appeal for holding that *solatium doloris* is the only head of moral prejudice that can result from a person's death and, in the alternative, for awarding the minimum compensation under that head.

Before disposing of these arguments, it would be interesting, even though the principle is no longer at issue in this appeal, to consider the origins of *solatium doloris* as a recoverable head of damage in Quebec civil law.

Unlike the common law, the civil law tradition has never denied that an indirect victim can obtain compensation for the moral prejudice resulting from a person's death: S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1991 (loose-leaf)), at p. 6-1; G. Viney, *Traité de droit civil*, vol. 4, *Les obligations: la responsabilité — conditions* (1982), at pp. 327-32. According to the general civil law rule, any prejudice, whether moral or material, even if it is difficult to assess, is compensable if proven: J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle* (1969), at pp. 215-16; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4th ed. 1994), at p. 202; see also art. 1457 C.C.Q. As Taschereau J. stated in *Chaput v.*

lante à titre de solatium doloris, mais qu'il lui a néanmoins accordé une somme de 9 000 \$ pour perte de soutien moral et perte de soutien financier. La Cour d'appel, unanime sur ce point, a reconnu que le *solatium doloris* était un type de préjudice moral compensable en droit civil québécois, estimant, dans les circonstances, que l'appelante méritait une indemnité plus importante, de 15 000 \$ selon la majorité, et de 50 000 \$ selon le juge Fish.

L'appelante souligne que le libellé de la question qui fait l'objet de l'autorisation d'appel est inexact. Elle concède, en effet, devant nous que la Cour d'appel a, à juste titre, reconnu le *solatium doloris* comme chef de dommages indemnifiable en droit civil québécois. Elle soutient plutôt maintenant que la Cour d'appel a erré en droit en refusant de lui reconnaître le droit d'être compensée pleinement pour le préjudice moral qu'elle a effectivement subi. Plus particulièrement, l'appelante reproche à la Cour d'appel d'avoir statué que le *solatium doloris* était le seul chef de préjudice moral susceptible de résulter du décès d'une personne et, subsidiairement, d'avoir accordé une indemnité minime sous ce chef.

Avant de disposer de ces arguments et bien que le principe ne soit plus contesté devant nous, il est intéressant de rappeler la genèse du *solatium doloris* en tant que chef de dommages recouvrable en droit civil québécois.

Contrairement à la common law, la tradition civiliste n'a jamais nié qu'une victime par ricochet puisse obtenir réparation pour le préjudice moral qui découle du décès d'une personne: S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2^e éd. 1991 (feuilles mobiles)), à la p. 6-1; G. Viney, *Traité de droit civil*, t. 4, *Les obligations: la responsabilité — conditions* (1982), aux pp. 327 à 332. En effet, la règle générale en droit civil veut que tout préjudice, qu'il soit moral ou matériel, même s'il est difficile à évaluer, puisse être indemnisé dans la mesure où preuve en est faite: J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle* (1969), aux pp. 215 et 216; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4^e éd. 1994), à la p. 202; voir aussi l'art. 1457 C.c.Q. C'est d'ailleurs ce que remarquait le juge

25

26

27

Romain, [1955] S.C.R. 834, 1 D.L.R. (2d) 241, at pp. 246-47 D.L.R.:

[TRANSLATION] Under art. 1053 C.C., the obligation to compensate flows from two essential elements: an injury suffered by the victim, and fault on the part of the author of the delict or quasi-delict. Even if no pecuniary damage is proven, there exists nevertheless, not a right to punitive or exemplary damages which the law of Quebec does not recognize, but without doubt a right to moral damages. . . . Moral damages, as any other damages awarded by the civil Court, have exclusively a compensatory character. [Italics in original; underlining added.]

From this perspective, compensation for the grief and distress felt when someone close to us dies — the prejudice commonly referred to as *solatium doloris* or injury to feelings — is clearly consistent with the civil law's full recognition of moral damages.

28

The situation at common law was entirely different at that time. In 1846, the English Parliament enacted a statute known as *Lord Campbell's Act* (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 93, which listed those persons to whom an action was available as the result of a person's death. A similar statute, which applied uniformly throughout Upper and Lower Canada, was passed by the Canadian Parliament the following year: *Act for compensating the Families of Persons killed by Accident, and for other purposes therein mentioned*, S. Prov. Can. 1847, 10 & 11 Vict., c. 6 (later R.S.C. 1859, c. 78). It was after this that art. 1056 C.C.L.C. was adopted in Quebec in the 1866 codification. For the sake of convenience, I will repeat the text here:

1056. In all cases where the person injured by the commission of an offence or a quasi-offence dies in consequence, without having obtained indemnity or satisfaction, his consort and his ascendant and descendant relations have a right, but only within a year after his death, to recover from the person who committed the offence or quasi-offence, or his representatives, all damages occasioned by such death.

29

The issue of the recognition of *solatium doloris* in Quebec civil law was raised before this Court

Taschereau dans l'arrêt *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, à la p. 841:

En vertu de 1053 C.C. l'obligation de réparer découle de deux éléments essentiels: un fait dommageable subi par la victime, et la faute de l'auteur du délit ou du quasi-délit. Même si aucun dommage pécuniaire n'est prouvé, il existe quand même, non pas un droit à des dommages punitifs ou exemplaires, que la loi de Québec ne connaît pas, mais certainement un droit à des dommages moraux. [. . .] Le dommage moral, comme tous dommages-intérêts accordés par un tribunal, a exclusivement un caractère compensatoire. [En italique dans l'original; je souligne.]

Dans cette perspective, la compensation pour le chagrin et la douleur morale ressentis suite au décès d'un proche — préjudice communément désigné sous l'expression *solatium doloris* ou préjudice d'affection — s'inscrit naturellement dans la pleine reconnaissance des dommages moraux en droit civil.

La situation était tout autre en common law à l'époque. Le législateur anglais édicte, en 1846, une loi connue sous le nom de *Lord Campbell's Act* (R.-U.), 9 & 10 Vict., ch. 93, qui dressait la liste des personnes titulaires d'une action à la suite du décès d'une personne. Une loi similaire, s'appliquant uniformément aux territoires du Haut-Canada et du Bas-Canada, est adoptée par le législateur canadien l'année suivante: *Acte pour donner aux familles des personnes tuées par accident la faculté de réclamer des dommages, et pour d'autres fins y mentionnées*, S. Prov. Can. 1847, 10 & 11 Vict., ch. 6 (plus tard S.R.C. 1859, ch. 78). C'est dans cette foulée que l'art. 1056 C.C.B.C. est adopté lors de la codification au Québec en 1866. Par souci de commodité, j'en rappelle ici le texte:

1056. Dans tous les cas où la partie contre qui le délit ou quasi-délit a été commis décède en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses ascendants et ses descendants ont, pendant l'année seulement à compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants, pour les dommages-intérêts résultant de tel décès.

La question de la reconnaissance du *solatium doloris* en droit civil québécois s'est posée pour la

for the first time in *Canadian Pacific Railway Co. v. Robinson* (1887), 14 S.C.R. 105. In that unanimous decision, the Court, inspired by a concern to apply the rule of non-recovery for *solatium doloris* uniformly in Canada and by the common law's traditional reluctance to compensate for non-economic losses, refused to award the wife and children of a deceased person any compensation whatsoever for their bereavement. Although the decision was subsequently reversed for reasons related to prescription, the Privy Council stressed the special nature it considered art. 1056 C.C.L.C. to have in relation to *Lord Campbell's Act: Robinson v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1892] A.C. 481, at pp. 487-88; see also: *Miller v. Grand Trunk Railway Co. of Canada*, [1906] A.C. 187, at p. 194.

The Privy Council's *obiter dicta* were apparently insufficient to alter the position adopted by this Court in *Canadian Pacific Railway Co. v. Robinson*, *supra*: *Town of Montreal West v. Hough*, [1931] S.C.R. 113, at p. 117; *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, [1961] S.C.R. 201, at p. 207. It should be mentioned, though, that this Court has supported a different interpretation on at least two occasions. In *Canadian Pacific Railway Co. v. Lachance* (1909), 42 S.C.R. 205, the Court refused to set aside the verdict of a jury that had awarded compensation to remedy the moral prejudice suffered by parents due to their child's death. This Court subsequently upheld a charge to the jury concerning awards for *solatium doloris*: *Montreal Tramways Co. v. Lindner*, [1939] S.C.R. 405.

The Quebec courts have mostly followed this Court's decision in *Canadian Pacific Railway Co. v. Robinson*, *supra*, despite the prior and contemporaneous Quebec judgments holding that damages could be awarded for *solatium doloris*: *Ravary v. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1860), 6 L.C.J. 49 (Q.B.); *Provost v. Jackson* (1869), 13 L.C.J. 170 (Q.B.); *Vanasse v. Cité de Montréal* (1888), 16 R.L. 386 (Sup. Ct.); *Cadoret*

première fois devant notre Cour dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson* (1887), 14 R.C.S. 105. Dans cet arrêt unanime, la Cour, inspirée par le souci d'appliquer uniformément au Canada la règle du non-recouvrement pour *solatium doloris* de même que par la réticence traditionnelle de la common law à indemniser une perte non économique, refusait d'accorder à l'épouse et aux enfants d'une personne décédée quelque indemnité que ce soit pour compenser leur affliction. Bien que cet arrêt ait subséquemment été infirmé pour des motifs de prescription, le Conseil privé a néanmoins souligné le caractère particulier que lui apparaissait revêtir l'art. 1056 C.C.B.C. par rapport aux dispositions du *Lord Campbell's Act: Robinson c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1892] A.C. 481, aux pp. 487 et 488; voir aussi: *Miller c. Grand Trunk Railway Co. of Canada*, [1906] A.C. 187, à la p. 194.

Les *obiter dicta* du Conseil privé n'ont apparemment pas été suffisants pour infléchir la position adoptée par notre Cour dans l'affaire *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*, précitée: *Town of Montreal West c. Hough*, [1931] R.C.S. 113, à la p. 117; *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201, à la p. 207. Il y a lieu de souligner, toutefois, que notre Cour a favorisé, au moins à deux reprises, une interprétation différente. Ainsi, dans l'affaire *Canadian Pacific Railway Co. c. Lachance* (1909), 42 R.C.S. 205, la Cour a refusé d'infirmé le verdict d'un jury ayant accordé une indemnité pour réparation du préjudice moral subi par les parents en raison du décès de leur enfant. Plus tard, notre Cour confirmait l'adresse au jury relativement à l'indemnisation du *solatium doloris*: *Montreal Tramways Co. c. Lindner*, [1939] R.C.S. 405.

Les tribunaux québécois se sont majoritairement rangés derrière la décision de notre Cour dans *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*, précitée, malgré la jurisprudence québécoise antérieure et contemporaine qui reconnaissait la possibilité d'octroyer des dommages à titre de *solatium doloris*: *Ravary c. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1860), 6 L.C.J. 49 (B.R.); *Provost c. Jackson* (1869), 13 L.C.J. 170 (B.R.); *Vanasse c. Cité de*

30

31

v. *Cité de Montréal* (1888), 16 R.L. 397 (Sup. Ct.), note 1. Although they have awarded compensation for, *inter alia*, the pecuniary consequences of grief such as loss of moral support or deterioration of health due to a person's death, the Quebec courts have generally refused to grant claims for *solatium doloris*: A. Mayrand, "Les chefs d'indemnité en cas d'accident mortel" (1968), 9 *C. de D.* 639, at pp. 663-64; Baudouin, *supra*, at pp. 202-3; J. S. Poirier, "Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du Code civil du Bas Canada et le *solatium doloris*" (1995), 29 *R.J.T.* 657. This is exactly what the trial judge did in the case at bar.

32

To adopt the words of Fish J.A., the Quebec courts subsequently considered *Canadian Pacific Railway Co. v. Robinson*, *supra*, a "historical error", but one that is no longer relevant today given the absence of a provision equivalent to art. 1056 C.C.L.C. in the *Civil Code of Québec*. In light of the specificity of the legal tradition of Quebec, I agree with the Court of Appeal that it was French law, not English law, that should have been applied in deciding whether to recognize *solatium doloris* in Quebec civil law: *Hospice Desrosiers v. The King* (1920), 60 S.C.R. 105, at p. 126; *Pantel v. Air Canada*, [1975] 1 S.C.R. 472, at p. 478; *Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452, at p. 468. As I mentioned earlier, it is clear that French law has always recognized, at the outset, that compensation is available for the moral prejudice resulting from the death of a close relative or friend: Viney, *supra*, at pp. 327-32; Dupichot, *supra*, at pp. 215-16.

33

Canadian Pacific Railway Co. v. Robinson, *supra*, has been the subject of extensive criticism: see, *inter alia*, M. Nantel, "Le recours des parents en vertu de l'article 1056 C.c. est-il de droit anglais?" (1930), 8 *R. du D.* 469; G. Wasserman, "'Solatium Doloris' as an element in the awarding of damages arising from delict and quasi-delict" (1953), 13 *R. du B.* 127; L. Baudouin, *Le droit civil*

Montréal (1888), 16 R.L. 386 (C.S.); *Cadoret c. Cité de Montréal* (1888), 16 R.L. 397 (C.S.), note 1. Tout en accordant une indemnité, notamment, pour les conséquences pécuniaires du chagrin comme la perte de soutien moral ou encore la dégradation de la santé résultant du décès d'une personne, la jurisprudence a généralement refusé d'accéder aux réclamations relatives au *solatium doloris*: A. Mayrand, «Les chefs d'indemnité en cas d'accident mortel» (1968), 9 *C. de D.* 639, aux pp. 663 et 664; Baudouin, *op. cit.*, aux pp. 202 et 203; J. S. Poirier, «Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du Code civil du Bas Canada et le *solatium doloris*» (1995), 29 *R.J.T.* 657. Dans le cas qui nous intéresse, c'est exactement ce qu'a fait le juge du procès.

L'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*, précité, a été considéré par la jurisprudence subséquente au Québec, pour reprendre les mots du juge Fish, comme [TRADUCTION] «une erreur historique», erreur qui n'a plus d'importance aujourd'hui étant donné l'absence de disposition équivalente à l'art. 1056 C.c.B.C. dans le *Code civil du Québec*. À la lumière de la spécificité de la tradition juridique du Québec, à l'instar de la Cour d'appel, j'estime que c'était au droit français, et non au droit anglais, qu'il fallait se référer pour décider de la reconnaissance du *solatium doloris* en droit civil québécois: *Hospice Desrosiers c. The King* (1920), 60 R.C.S. 105, à la p. 126; *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472, à la p. 478; *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452, à la p. 468. Or, comme je l'ai déjà mentionné, force est de constater que le droit français a toujours reconnu d'emblée qu'il y avait lieu à compensation pour le préjudice moral résultant du décès d'un proche: Viney, *op. cit.*, aux pp. 327 à 332; Dupichot, *op. cit.*, aux pp. 215 et 216.

L'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*, précité, fut, en effet, abondamment critiqué: voir, notamment, M. Nantel, «Le recours des parents en vertu de l'article 1056 C.c. est-il de droit anglais?» (1930), 8 *R. du D.* 469; G. Wasserman, «'Solatium Doloris' as an element in the awarding of damages arising from delict and quasi-delict» (1953), 13 *R. du B.* 127; L. Bau-

de la province de Québec (1953), at pp. 836-38; L. Baudouin, "Le *Solatium doloris*" (1955), 2 *C. de D.* 55; O. Frenette, *L'incidence du décès de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit sur l'action en indemnité* (1961), at pp. 22-23; J.-L. Baudouin, "Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse" (1966), 44 *Can. Bar Rev.* 391; Mayrand, *supra*.

France and Quebec are not alone in providing compensation for the moral prejudice suffered by third parties due to the death of loved ones. Belgium and Scotland, to give two examples, have also done so: R. André, *La réparation du préjudice corporel* (1986), at pp. 370-71; D. M. Walker, *Principles of Scottish Private Law* (4th ed. 1988), vol. 2, at p. 618. Even a number of common law jurisdictions, including certain states in Australia and the United States, have abandoned the rule that only pecuniary losses may be recovered in the event of death: H. Luntz, *Assessment of Damages* (3rd ed. 1990), at p. 437; R. D. VanHorne, "Wrongful Death Recovery: Quagmire of the Common Law" (1985-86), 34 *Drake L. Rev.* 987, at p. 997.

The appellant argued at length, stressing trends in Canadian case law and the state of the law in foreign jurisdictions, that compensation for moral prejudice in the form of *solatium doloris* has always been recognized in French civil law, and should thus also be in Quebec civil law. This argument is without question valid; the Court of Appeal was clearly right to hold that the trial judge had applied an erroneous principle of law in refusing to find that this type of prejudice is compensable in Quebec civil law. It was, therefore, right, according to the test for reviewing the assessment of the prejudice, to intervene to correct the trial judge's judgment in this respect: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, at p. 235; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at pp. 358-61.

In so doing, the appellant argued, the Court of Appeal itself committed an error of law — which

douin, *Le droit civil de la province de Québec* (1953), aux pp. 836 à 838; L. Baudouin, «*Le Solatium doloris*» (1955), 2 *C. de D.* 55; O. Frenette, *L'incidence du décès de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit sur l'action en indemnité* (1961), aux pp. 22 et 23; J.-L. Baudouin, «*Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse*» (1966), 44 *R. du B. can.* 391; Mayrand, *loc. cit.*

La France et le Québec ne sont pas les seuls qui aient prévu une indemnité pour le préjudice moral subi par les tiers en raison du décès d'un proche. La Belgique et l'Écosse en sont des exemples, entre autres: R. André, *La réparation du préjudice corporel* (1986), aux pp. 370 et 371; D. M. Walker, *Principles of Scottish Private Law* (4^e éd. 1988), vol. 2, à la p. 618. Même dans les juridictions de common law, plusieurs pays, et notamment certains États de l'Australie et des États-Unis, ont abandonné la règle suivant laquelle seuls les dommages strictement pécuniaires sont recouvrables en cas de décès: H. Luntz, *Assessment of Damages* (3^e éd. 1990), à la p. 437; R. D. VanHorne, «*Wrongful Death Recovery: Quagmire of the Common Law*» (1985-86), 34 *Drake L. Rev.* 987, à la p. 997.

L'appelante plaide longuement, en mettant l'accent sur l'évolution de la jurisprudence au Canada ainsi que l'état du droit à l'étranger, que la compensation pour le préjudice moral à titre de *solatium doloris* a toujours été reconnue en droit civil français, ce qui devrait également être le cas en droit civil québécois. Il ne fait aucun doute que cette prétention est bien fondée et que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge de première instance avait commis une erreur de principe en refusant de reconnaître que ce type de préjudice était compensable en droit civil québécois. Elle était donc autorisée, conformément au critère de révision relatif à l'évaluation du préjudice, à intervenir pour corriger le jugement du juge de première instance à cet égard: *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, à la p. 235; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, aux pp. 358 à 361.

Ce faisant, selon l'appelante, la Cour d'appel a elle-même commis une erreur de droit — erreur

34

35

36

this Court must correct — in holding that *solatium doloris* was the only compensable head of moral prejudice and in awarding her an insufficient amount under that head.

37 Contrary to the appellant's submission, it seems clear to me that the Court of Appeal considered all the elements of moral prejudice in granting the appellant a higher award for *solatium doloris*. According to the majority, the *solatium doloris* concept includes all extrapatrimonial damage, both immediate grief and the loss of future moral support, resulting from the death of a loved one. Deschamps J.A. stated the following (at p. 368):

Even though the suffering and the tears of a mother can theoretically [*sic*] be distinguished from the loss of her child's smile or companionship, all of these injured feelings can be broadly included in the *solatium doloris* notion. [Emphasis added.]

Fish J.A. instead appears to have considered *solatium doloris* to represent only one aspect of moral prejudice. On this basis, he wrote the following about the \$50,000 he would have awarded the appellant as compensation for material and moral damage (at p. 349):

It would provide more than a nominal indemnity for the other elements of appellant's affective prejudice, including *solatium doloris* in the strict sense of pain, grief and sorrow.

38 It would be possible to hold a lengthy discussion on the exact meaning of the Latin expression *solatium doloris* (a literal translation of which is "solace for grief") in contemporary legal language. Whatever meaning it is given, however, what matters most is that the moral prejudice actually suffered by the appellant be compensated in full. Since the definition of *solatium doloris* adopted by the majority of the Court of Appeal does not in itself make this impossible, the appellant's first argument must be dismissed.

39 In my view, the Court of Appeal's error lies not in its definition of *solatium doloris* but in its assessment of the moral prejudice suffered by the appellant. I disagree with the court, which was

qu'il appartient à notre Cour de corriger — en statuant que le *solatium doloris* est le seul chef de préjudice moral indemnisable de même qu'en lui accordant une indemnité trop basse à ce titre.

Contrairement à la prétention de l'appelante, il m'apparaît clair que toutes les composantes du préjudice moral ont été considérées par la Cour d'appel en décidant d'accorder une indemnité plus élevée à l'appelante au titre du *solatium doloris*. Selon la majorité, la notion de *solatium doloris* comprendrait tous les préjudices extra-patrimoniaux résultant du décès d'un être cher, le chagrin immédiat comme la perte de soutien moral futur. Le juge Deschamps s'exprime ainsi (à la p. 368):

[TRADUCTION] Même si les souffrances et les larmes d'une mère peuvent théoriquement être distinguées de la perte du sourire ou de la compagnie de son enfant, toute cette peine peut être généralement incluse dans la notion de *solatium doloris*. [Je souligne.]

Le juge Fish, quant à lui, semble plutôt considérer que le *solatium doloris* ne représente qu'une facette du préjudice moral. Ainsi, de l'indemnité de 50 000 \$ qu'il aurait accordée à l'appelante pour dommages matériels et moraux, il écrit (à la p. 349):

[TRADUCTION] Cela constituerait davantage qu'une indemnité symbolique pour les autres éléments du préjudice moral de l'appelante, dont le *solatium doloris* au sens strict de douleur, de chagrin et de peine.

Il est possible de débattre longuement la signification exacte de l'expression latine *solatium doloris* (dont la traduction littérale est «consolation de la douleur morale») dans la langue juridique contemporaine. Quelle que soit la signification qui lui est reconnue, cependant, ce qui importe, en définitive, c'est que le préjudice moral effectivement subi par l'appelante soit pleinement indemnisé. Or, puisque la définition du *solatium doloris* adoptée par la majorité de la Cour d'appel ne fait pas obstacle en soi à cet objectif, le premier argument de l'appelante doit être rejeté.

À mon avis, l'erreur de la Cour d'appel ne se situe pas au niveau de sa définition du *solatium doloris*, mais plutôt au niveau de l'évaluation du préjudice moral éprouvé par l'appelante. En l'oc-

unanimous on this point, that the trial judge in reality granted the appellant an award for moral damage that was, for all practical purposes, equivalent to an award for *solatium doloris*. Whatever his conception of *solatium doloris* may have been, the trial judge, in expressly dismissing this head of damage, essentially held that the appellant was not entitled to full compensation for her entire loss. Similarly, although it recognized *solatium doloris*, the majority of the Court of Appeal, in referring to the amounts generally awarded by Quebec courts in respect of *solatium doloris* and the awards provided for in various social statutes, did not have full compensation in mind when considering the appellant's claim under that head.

Despite the singular difficulty in assessing moral prejudice, such prejudice can in theory be recovered in so far as it is proven: *Snyder v. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 494, at pp. 505-6; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra*, at paras. 63-71. As I mentioned earlier, the Quebec jurisprudence, which has considered itself bound by the rule that *solatium doloris* is not available as a head of compensable damage, does not reflect this principle of *restitutio in integrum*. It is, therefore, not surprising that the amounts awarded by the Quebec courts in respect of the death of a loved one have generally been quite modest: D. Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel* (1994), at pp. 314-15; Baudouin, *La responsabilité civile*, *supra*, at p. 203.

Thus, the existing jurisprudence cannot guide the courts where the assessment of prejudice in the form of *solatium doloris* is concerned, for it is based on a serious error in principle. Furthermore, for the same reason, a comparison with the indemnities provided for in certain pieces of social legislation can only be of limited relevance; such statutes generally allow smaller awards in order to provide compensation to a larger number of per-

currence, je ne partage pas l'opinion de la cour, unanime sur ce point, lorsqu'elle affirme que le juge du procès a en fait accordé à l'appelante une indemnité pour dommages moraux qui équivalait, à toutes fins pratiques, à une indemnité pour *solatium doloris*. En effet, quelle qu'ait été sa conception du *solatium doloris*, en excluant explicitement ce chef de dommages, le juge de première instance a forcément conclu que l'appelante n'était pas en droit d'obtenir une pleine indemnisation pour la totalité de son préjudice. De même, tout en reconnaissant le *solatium doloris*, la majorité de la Cour d'appel, en référant aux sommes généralement accordées par les tribunaux québécois au titre de ce qu'elle a estimé être le *solatium doloris* ainsi qu'aux indemnités prévues par diverses lois à caractère social, n'a pas envisagé la réclamation de l'appelante à cet égard dans une perspective de compensation intégrale.

Malgré la singulière difficulté que présente l'évaluation du préjudice moral, ce dernier est en principe recouvrable à la mesure de la preuve qui en est faite: *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494, aux pp. 505 et 506; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité, aux par. 63 à 71. Or, comme je l'ai déjà mentionné, à ce jour la jurisprudence québécoise, se croyant liée par la règle de l'exclusion du *solatium doloris* comme chef de dommages compensables, ne reflète pas ce principe de restitution intégrale. Il n'est donc pas surprenant que les sommes généralement accordées par les tribunaux québécois dans les cas de décès d'un être cher aient été fort modiques: D. Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel* (1994), aux pp. 314 et 315; Baudouin, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, à la p. 203.

En conséquence, la jurisprudence existante ne saurait guider les tribunaux en ce qui concerne l'évaluation du préjudice au titre du *solatium doloris* puisqu'elle est fondée sur une sérieuse erreur de principe. Par ailleurs et pour la même raison, l'utilité comparative des indemnités prévues à certaines lois à caractère social ne peut qu'être limitée, car ces lois allouent des sommes en général moins importantes précisément afin d'indemniser

40

41

sons who might not receive compensation under the general principles of civil liability.

un plus grand nombre de personnes qui n'auraient pas nécessairement été compensées selon les principes de droit commun de la responsabilité civile.

42 In the case before us, the majority of the Court of Appeal expressly relied on the damages ordinarily awarded by Quebec judges for *solatium doloris* and the indemnities provided for in the *Crime Victims Compensation Act*, R.S.Q., c. I-6, and the *Automobile Insurance Act*, R.S.Q., c. A-25, to conclude that the appellant should be awarded \$15,000 in the circumstances. Deschamps J.A., speaking for the majority, stated the following about the appellant's claim under this head (at p. 370):

In my view, the claim of \$100,000 is exaggerated and totally unrealistic. It is out of proportion with any of the amounts generally granted by Quebec Courts. As any moral damages, an exact calculation is impossible. That is not to say that the Court should depart from guided evaluation. Guidelines must be found in contemporary legislation and jurisprudence. [Emphasis added.]

Or, dans le cas qui nous occupe, la majorité de la Cour d'appel s'est explicitement basée sur les dommages habituellement accordés par les juges au Québec à titre de *solatium doloris* ainsi qu'aux indemnités prévues par la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q., ch. I-6, et la *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q., ch. A-25, pour conclure que l'appelante méritait 15 000 \$ dans les circonstances. Le juge Deschamps, au nom de la majorité, traite de la réclamation de l'appelante à ce titre dans ces termes (à la p. 370):

[TRADUCTION] À mon avis, la réclamation de 100 000 \$ est exagérée et tout à fait irréaliste. Elle est sans commune mesure avec les sommes que les tribunaux québécois accordent généralement. Comme pour tout préjudice moral, il est impossible d'en faire le calcul exact. Cela ne veut pas dire que la cour ne devrait pas s'en tenir à un barème. Il faut trouver des lignes directrices dans la législation et la jurisprudence contemporaines. [Je souligne.]

43 By recognizing that compensation for *solatium doloris* is available in Quebec civil law yet failing to develop new tests for assessing prejudice in that form, the majority of the Court of Appeal deprived the appellant of her right to be fully compensated for the moral prejudice she suffered as a result of her son's death. Furthermore, due to the need for certainty and predictability in the law concerning the amounts awarded for this type of prejudice, appropriate parameters of assessment must be established. As a result, even though this Court refused the appellant leave to appeal the amount of her award of moral damages specifically, the issue concerning *solatium doloris* is sufficiently broad for this Court to give its views on this aspect of the case, while still leaving it to the Court of Appeal to assess the quantum thereof in light of the evidence in the record and the principles we articulate.

En reconnaissant l'indemnisation pour *solatium doloris* en droit civil québécois sans avoir élaboré de nouveaux critères d'évaluation du préjudice à cet égard, la majorité de la Cour d'appel a privé l'appelante de son droit à être compensée, autant que faire se peut, pour la totalité du préjudice moral qu'elle a éprouvé en raison du décès de son fils. De plus, le besoin de certitude et de prévisibilité du droit à l'égard des montants accordés pour ce type de préjudice exige que des paramètres d'évaluation appropriés soient établis. En conséquence, même si la permission d'en appeler spécifiquement du montant des dommages moraux accordés à l'appelante a été refusée par notre Cour, la question relative au *solatium doloris* est suffisamment large pour que notre Cour se prononce sur cet aspect du litige, laissant à la Cour d'appel le soin d'en évaluer le quantum au regard de la preuve au dossier et des principes que nous énonçons.

44 Although it is difficult to quantify a prejudice related to a person's emotional or physical integrity, it is not uncommon for the courts to face this

Quoique le préjudice qui touche à l'intégrité émotive ou physique de la personne soit difficilement quantifiable, les tribunaux sont couramment

task. For example, this Court recently awarded \$300,000 in moral damages for defamation: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; see also *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3. Moreover, the cap on awards of non-pecuniary damages for bodily injury, which was originally set at \$100,000 in 1978, is now approximately \$243,000: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629, at pp. 640-41.

It is striking to note the gulf that separates the non-pecuniary damages awarded in such situations from the usual award in Canada to the parents of a child who loses his or her life owing to the fault of a third person. For example, in a recent Ontario decision, awards of \$25,000 and \$15,000 were made to the mother and father of a 19-year-old man who had been killed in an automobile accident, as in the judge's opinion there was no reason to depart from the amounts usually awarded under the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, in such circumstances: *Macartney v. Islic* (1996), 34 C.C.L.I. (2d) 119 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); see also: *Wilson v. Martinello* (1993), 47 A.C.W.S. (3d) 69 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *aff'd* on another point (1995), 23 O.R. (3d) 417 (C.A.) (\$25,000 awarded to the plaintiff for the death of his 15-year-old daughter in an automobile accident); *Guimond v. Guimond Estate* (1995), 160 N.B.R. (2d) 278 (Q.B.) (\$30,000 awarded to the father of a 10-year-old girl killed in an automobile accident). On the other hand, in *Lian v. Money* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 16 (S.C.), *aff'd* on this point (1996), 15 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), a mother who lost her 20-year-old daughter received a modest award of \$5,000 for "loss of love, guidance and companionship".

It should be mentioned that in every Canadian province except Quebec, the right to claim damages owing to the death of a third person is governed by special statutes similar to *Lord Campbell's Act* that, like art. 1056 C.C.L.C., courts

confrontés à cette difficulté. À titre d'exemple, notre Cour a récemment accordé 300 000 \$ à titre de dommages moraux pour diffamation: *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; voir aussi *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3. Par ailleurs, le plafond actualisé d'indemnisation à titre de dommages non pécuniaires en matière de blessures corporelles, fixé originellement à 100 000 \$ en 1978, se situe aujourd'hui à approximativement 243 000 \$: *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, aux pp. 640 et 641.

Il est frappant de constater le fossé qui sépare les dommages non pécuniaires alloués dans ces contextes par rapport à ce qui est généralement accordé au Canada aux parents d'un enfant qui perd la vie par la faute d'un tiers. Par exemple, dans une décision ontarienne récente, des indemnités de 25 000 \$ et 15 000 \$ ont été allouées à la mère et au père d'un jeune homme de 19 ans tué dans un accident de voiture, le juge estimant qu'il n'y avait aucune raison de s'écarter des montants généralement accordés en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, dans ces circonstances: *Macartney c. Islic* (1996), 34 C.C.L.I. (2d) 119 (C. Ont. (Div. gén.)); voir aussi: *Wilson c. Martinello* (1993), 47 A.C.W.S. (3d) 69 (C. Ont. (Div. gén.)), confirmé sur un autre point (1995), 23 O.R. (3d) 417 (C.A.) (25 000 \$ octroyés au demandeur en raison du décès de sa fille de 15 ans dans un accident de voiture); *Guimond c. Guimond Estate* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 278 (B.R.) (30 000 \$ accordés au père d'une fillette de 10 ans tuée lors d'un accident de voiture). Par contre, dans l'arrêt *Lian c. Money* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 16 (S.C.), confirmé sur ce point par (1996), 15 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), une mère ayant perdu sa fille de 20 ans a reçu la modeste somme de 5 000 \$ pour [TRADUCTION] «perte d'amour, de conseils et de compagnie».

Il importe de souligner que dans toutes les provinces canadiennes à l'exception du Québec, le droit de réclamer des dommages en raison du décès d'un tiers est régi par des lois particulières similaires au *Lord Campbell's Act*, lesquelles, à

were very quick to interpret as covering only pecuniary losses: Waddams, *supra*, at pp. 6-1 and 6-2. However, some statutes do expressly provide for compensation for non-pecuniary losses. In Alberta, for example, since 1994, the amount fixed “for grief and loss of . . . guidance, care and companionship” is \$40,000 for the spouse and parents of the victim and \$25,000 for the victim’s children: *Fatal Accidents Act*, R.S.A. 1980, c. F-5, s. 8(2). Furthermore, in New Brunswick, s. 3(4) of the *Fatal Accidents Act*, R.S.N.B. 1973, c. F-7, provides for the awarding of damages for “the loss of companionship that the deceased might reasonably have been expected to give to the parents” and “the grief suffered by the parents as a result of the death”.

l’instar de l’art. 1056 *C.c.B.C.*, ont très rapidement été interprétées comme ne couvrant que les dommages pécuniaires: Waddams, *op. cit.*, aux pp. 6-1 et 6-2. La compensation pour pertes non pécuniaires est néanmoins expressément prévue dans certaines législations. En Alberta, par exemple, depuis 1994, l’indemnité fixée [TRADUCTION] «pour le deuil et la perte de conseils, de soins et de compagnie» est de 40 000 \$ pour le conjoint et parents de la victime, et de 25 000 \$ pour les enfants de celle-ci: *Fatal Accidents Act*, R.S.A. 1980, ch. F-5, s. 8(2). Par ailleurs, au Nouveau-Brunswick, le par. 3(4) de la *Loi sur les accidents mortels*, L.R.N.-B. 1973, ch. F-7, envisage l’octroi de dommages pour «la perte de compagnie que la victime aurait raisonnablement accordée aux parents» ainsi que «la peine éprouvée par les parents en raison du décès».

47 It is not hard to understand that the death of one’s own child is in all respects an extremely distressing, indeed even traumatizing, event. The suffering that accompanies this unnatural event has no equivalent in intensity aside from the immeasurable joy that can result from the birth of a child. Such suffering is so acute that it seems impossible even to assess it in monetary terms.

Il n’est pas difficile de concevoir que le décès de son propre enfant représente un événement extrêmement douloureux, voire même traumatisant, à tous les égards. La souffrance qui accompagne cet événement contre nature n’a d’équivalent en intensité que l’incommensurable joie que la naissance d’un enfant peut provoquer. Cette souffrance est tellement aiguë qu’il paraît impossible même de l’évaluer en termes d’argent.

48 Bearing in mind that a parent’s grief over the death of a child can never be compensated adequately, the assessment of the moral prejudice in such painful cases, as in others, nevertheless depends on the assessment of the evidence presented to the court. From this perspective, it is especially appropriate to develop criteria which preserve, if only slightly, the objectivity of this process. While remaining sensitive to the particular circumstances of each case, such a process cannot ignore the limits of the principle of *restitutio in integrum* in this area in which moderation and predictability must always be fostered: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, at pp. 260-62; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267, at p. 284; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R.

Tout en gardant à l’esprit que la douleur d’un parent causée par la mort d’un enfant ne pourra jamais être compensée adéquatement, l’évaluation du préjudice moral, dans ces cas pénibles comme dans d’autres, dépend néanmoins de l’appréciation de la preuve présentée devant le tribunal. Dans cette perspective, l’élaboration de certains critères demeure particulièrement de mise par souci de préserver un tant soit peu l’objectivité de cette démarche qui, tout en faisant preuve de sensibilité aux particularités de chaque cas, ne saurait ignorer les limites du principe de restitution intégrale dans ce domaine où la modération et la prévisibilité doivent être favorisées: *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, aux pp. 260 à 262; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, à la

287, at pp. 332-33; *Lindal v. Lindal*, *supra*, at pp. 639-40.

The New Brunswick Court of Appeal discussed the determination of the quantum of moral damages in the event of death in *Nightingale v. Mazerall and Elliott* (1991), 121 N.B.R. (2d) 319 (C.A.). In that case, awards of \$60,000 made to each of the parents of victims aged six years and nine months for loss of companionship and grief were reduced to \$32,500 by the majority and \$45,000 by Rice J.A., dissenting in part. Angers J.A., writing for the majority, stated the following (at pp. 330-31):

Therefore, what are the criteria to be relied upon in determining a fair and reasonable Canadian award? From a realistic point of view, the award cannot be compensatory or reparative, nor can it be accurate. It should not reflect sympathy, punishment or the means of the defendant. In my opinion, in arriving at a fair and reasonable award, the court must be as objective as possible and take into consideration the amounts awarded in other cases of nonpecuniary losses, the socio-economic impact of this new award and the need to establish predictability and certainty. That is not to say that there will be no human element, the nature of the claim will take care of that, but the emotions involved must not mislead the court. Grief is very personal and intimate but there is an inner element common to all which is not easy to perceive. The tangible manifestations are very subjective and often unreliable. The parade of long faces is not always a true indicator of the broken heart. The psychological evidence will be important to establish the objective process of grief, but it will have a mitigated value when dealing with the individual.

I emphasize the importance that the award be reasonably predictable so that the parent who might find it objectionable and demeaning to publicly articulate his grief will not be less compensated than the one who more easily exteriorizes his emotions. [Emphasis added.]

p. 284; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, aux pp. 332 et 333; *Lindal c. Lindal*, précité, aux pp. 639 et 640.

La question de la détermination du quantum pour dommages moraux en cas de décès a été abordée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Nightingale c. Mazerall and Elliott* (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 319 (C.A.). Dans cet arrêt, les indemnités de 60 000 \$ accordées, à chacun des parents des victimes âgées de six ans et neuf mois, pour perte de compagnie et peine ont été réduites à 32 500 \$ par la majorité, et à 45 000 \$ par le juge Rice, dissident en partie. Le juge Angers, écrivant au nom de la majorité, s'exprime ainsi (aux pp. 330 et 331):

[TRADUCTION] Quels sont donc les critères sur lesquels nous devons nous fonder pour déterminer ce qui constitue une indemnité canadienne équitable et raisonnable? D'un point de vue réaliste, l'indemnité ne peut être compensatoire ni réparatrice et elle ne peut non plus être exacte. Elle ne devrait pas refléter la sympathie, le châtement ni les moyens financiers du défendeur. J'estime que pour en arriver à une indemnité équitable et raisonnable, la Cour doit être aussi objective que possible et tenir compte des montants accordés dans d'autres causes de pertes extrapécuniaires, de l'impact socio-économique de cette nouvelle indemnité ainsi que de la nécessité de parvenir à la prévisibilité et à la certitude. Cela ne signifie pas qu'aucun élément humain n'entrera en ligne de compte — la nature de la demande s'en chargera — mais que les émotions en jeu ne doivent pas induire la Cour en erreur. La peine est un sentiment très intime et très personnel mais il existe un élément intérieur commun à tous qui n'est pas facile à percevoir. Les manifestations tangibles de cette peine sont très subjectives et souvent sujettes à caution. Un étalage de mines allongées n'est pas toujours l'indice véritable d'un cœur brisé. La preuve psychologique sera importante pour établir les phases objectives du deuil, mais elle aura une valeur réduite lorsqu'il s'agira d'une personne en particulier.

Je souligne qu'il est important que l'indemnité soit raisonnablement prévisible de sorte que le parent qui peut trouver extrêmement désagréable et humiliant d'exprimer sa peine en public ne sera pas moins indemnisé que celui qui extériorise plus facilement ses émotions. [Je souligne.]

Rice J.A. focused more on the extent of the evidence presented in each case (at p. 344):

In this province, grief was added by the Legislature as an award to be assessed. In such an evaluation, mental anguish with its related pang and pain predominates. In my view, in order to assess grief it is incumbent on the trial judge to hear evidence from the person who suffered the grief. All parents will sustain grief on the death of their children, but as pointed out by Dr. Fleming, the degree of the pain will vary with the relationships and personalities of the parents and other factors such as stresses, support of friends and family, religious and cultural background. A case by case approach is inevitable in my judgment. Such an assessment invites the description of the pain, mental anguish or other sequelae, which by necessity will require some probing into a survivor's feelings and the impact the death has had on his or her life.

While it is desirable that conventional awards be reached so that there could be predictability in assessing damages for grief, courts should not be hindered or restricted in both their prerogative and duty assigned to them by the Legislature in evaluating grief. It seems to me that if the Legislature had intended such a conventional assessment, it would have done so itself by setting a predetermined amount for grief as was done in the Province of Alberta. [Emphasis added.]

50

These two passages place particular emphasis on the seemingly contradictory objectives of the difficult role of the courts in assessing the moral prejudice resulting from the death of a loved one: on the one hand, full compensation for the grief unique to an individual, and on the other hand, the assessment of each case from a broader perspective, so as to ensure, *inter alia*, an appropriate relationship between the moral damages awarded in different contexts. Since this exercise is subject to the particular circumstances of each case, the courts should consider the following factors, *inter alia*: the circumstances of the death, the ages of the deceased and the parent, the nature and quality of the relationship between the deceased and the

Le juge Rice, quant à lui, insiste davantage sur l'importance de la preuve présentée dans chaque cas (aux pp. 344 et 345):

[TRADUCTION] Dans notre province, le législateur a ajouté la peine éprouvée comme dommage susceptible d'évaluation et d'indemnisation. Dans le cadre de cette évaluation, la souffrance morale ainsi que l'angoisse et la douleur qui l'accompagnent, prédominent. J'estime que pour évaluer la peine, il incombe au juge du procès d'entendre le témoignage de la personne qui a éprouvé cette peine. Tous les parents éprouvent de la peine lors du décès de leurs enfants, mais comme l'a souligné M. Fleming, l'intensité de la peine varie en fonction de la relation qui existait entre le défunt et le survivant, de la personnalité des parents et d'autres facteurs comme le stress, l'appui reçu des amis et de la famille et le milieu religieux et socio-culturel. À mon sens, il faut inévitablement procéder selon les circonstances propres à chaque cas. Une telle évaluation suppose une description de la douleur, des souffrances morales et d'autres séquelles et pour ce faire, il faut nécessairement chercher à connaître les sentiments du survivant et l'impact que le décès a eu sur sa vie.

Bien qu'il soit souhaitable d'en arriver à des indemnités conventionnelles afin qu'il puisse y avoir une certaine prévisibilité dans l'évaluation des dommages-intérêts accordés pour la peine éprouvée, les tribunaux ne devraient être ni limités ni restreints dans l'exercice de la prérogative et du devoir que le législateur leur a conférés lorsqu'ils évaluent cette peine. Il me semble que si le législateur avait voulu une évaluation conventionnelle, il aurait lui-même fixé un montant préétabli pour la peine éprouvée comme cela fut fait en Alberta. [Je souligne.]

Ces deux extraits mettent particulièrement en évidence les objectifs apparemment contradictoires de la délicate fonction des tribunaux en matière d'évaluation du préjudice moral découlant du décès d'un être cher: l'indemnisation intégrale de la douleur morale unique à une personne d'une part et, de l'autre, l'appréciation de chaque cas dans une perspective plus vaste afin d'assurer, notamment, une certaine mesure entre les dommages moraux accordés dans différents contextes. Cet exercice étant assujéti, dans tous les cas, aux circonstances particulières de l'espèce, les tribunaux devraient considérer notamment les critères suivants: les circonstances du décès, l'âge de la victime et du parent, la nature et la qualité de la

parent, the parent's personality and ability to manage the emotional consequences of the death, and the effect of the death on the parent's life in light, *inter alia*, of the presence of other children or the possibility of having others. Since monetary compensation of any nature will not mitigate the parent's grief, the figure will necessarily be arbitrary to a great extent.

In the case at bar, there is extensive evidence of the grief caused to the appellant by the death of her only surviving child, exacerbated by the facts that, in 1983, she experienced the death of a little girl who had been born very sick and, that, at her age, she cannot hope to have other children owing. Despite her son's trouble with the law and the fact that he had neither a diploma nor known employment, the trial judge considered that the appellant had nevertheless done everything she could to support and educate him when he was living with her. In addition, owing to the unforeseeable circumstances of Anthony's death, the appellant was unprepared for her ensuing grief. I would also add that the extensive publicity given to the unfortunate facts at the root of this case certainly did not make it easier for the appellant to resume a normal life. Although I recognize that it is impossible out of context to appraise the feelings resulting from the irreparable circumstance of the death of one's own child, it is my view that an award in the order of \$25,000 might be fair and reasonable in the circumstances of this case; that being said, it remains to the Court of Appeal to fix the quantum, after hearing the parties on this point.

In addition to claiming compensatory damages for her son's death under arts. 1053 and 1056 C.C.L.C., the appellant argued that she is entitled to compensation for interference with her parental rights under the *Charter*. She submitted that her right to continue her association with her son as a parent was taken from her as a result of the respondent Gosset's wrongful acts. At trial, this submission was the subject of a motion to amend, which was dismissed in an interlocutory judgment dated May 22, 1990. The Court of Appeal unanimously

relation entre la victime et le parent, la personnalité du parent et sa capacité à gérer les conséquences émotives du décès, l'effet du décès sur la vie du parent à la lumière, entre autres, de la présence d'autres enfants ou de la possibilité d'en avoir d'autres. Puisque la compensation monétaire, quelle qu'elle soit, n'atténuera pas la douleur du parent, le chiffre sera nécessairement arbitraire dans une grande mesure.

En l'espèce, la preuve révèle amplement le chagrin que le décès du seul enfant survivant de l'appelante lui a causé, chagrin exacerbé par le fait qu'elle a vécu, en 1983, la mort en bas âge d'une petite fille née très malade et que, de surcroît, elle ne peut espérer avoir d'autres enfants en raison de son âge. Malgré les démêlés de son fils avec la justice ainsi que le fait qu'il ne détenait ni diplôme ni emploi connu, le juge du procès a estimé que l'appelante a néanmoins fait tout ce qu'elle a pu pour le soutenir et l'éduquer lorsqu'il habitait avec elle. Les circonstances imprévisibles du décès d'Anthony n'ont pas permis à l'appelante de préparer son deuil. J'ajouterais également que l'importante publicité que se sont attirés les faits malheureux à l'origine de cette affaire n'a certainement pas contribué à faciliter le retour à la vie normale pour l'appelante. Tout en reconnaissant qu'il est impossible, dans l'absolu, de jauger les sentiments résultant de l'irréparable de la mort de son propre enfant, une indemnité de l'ordre de 25 000 \$, à mon avis, pourrait représenter une somme juste et raisonnable dans les circonstances de l'espèce mais il appartiendra à la Cour d'appel, après audition des parties sur ce point, de fixer ce quantum.

En plus de réclamer des dommages compensatoires pour le décès de son fils en vertu des art. 1053 et 1056 C.c.B.C., l'appelante invoque également son droit d'être compensée pour atteinte à ses droits parentaux en vertu de la *Charte*. Elle soutient que son droit de poursuivre son association avec son fils en tant que parent lui a été ravi en raison des gestes fautifs de l'intimé Gosset. Cette prétention a fait l'objet d'une requête pour amender en première instance, requête qui a été rejetée par jugement interlocutoire en date du 22 mai

affirmed that decision, holding that parental rights are protected neither by the Quebec *Charter* nor by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Speaking for the Court on this point, Deschamps J.A. wrote the following (at p. 357):

On the contrary, if parental status entails responsibilities [sic], it is the source of few rights [sic]. Indeed, the Charter enshrines the right of a child to the protection, security and safety that his parent is capable of providing. These are rights of the child not of the parent.

I am therefore of the opinion that no claim for deprivation of a right of parenthood may be presented under either of the Charters because it is not a protected right. [Footnotes omitted; emphasis added.]

53

In support of her submission, the appellant relied exclusively on this Court's decision in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315. The issue in that case was whether the Ontario *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, infringed the right of parents to choose medical treatment for their children. This right clearly exists for the sole purpose of enabling parents to ensure their children's well-being. It cannot entail rights unrelated to that objective, such as the right the appellant is asking us to recognize in the case at bar. The appellant is arguing not that she has a right to make decisions concerning her son's education and health but that she has a right to have a relationship with him within the family unit and is entitled to claim damages on the basis of interference with that right. It is clear that neither the *Canadian Charter* nor the *Quebec Charter* protects the right to maintain and continue a parent-child relationship. Thus, the Court of Appeal was correct in rejecting this head of compensation.

54

The second issue in this appeal concerns the appellant's claim as her son's heir in respect of his loss of life or of life expectancy and, more specifically, the meaning that must be given to the right to life protected by s. 1 of the *Charter*.

1990. La Cour d'appel a confirmé cette décision, à l'unanimité, en statuant que les droits parentaux ne sont reconnus ni par la *Charte québécoise*, ni par la *Charte canadienne des droits et libertés*. S'exprimant pour la cour sur ce point, le juge Deschamps écrit (à la p. 357):

[TRADUCTION] Au contraire, alors que le statut de parent entraîne des responsabilités, peu de droits en découlent. En fait, la *Charte* garantit le droit d'un enfant à la protection et à la sécurité que ses parents peuvent lui fournir. Ces droits sont ceux de l'enfant et non des parents.

J'estime donc qu'aucune réclamation pour la négation d'un droit parental ne peut être présentée en vertu de l'une ou l'autre charte, parce qu'il ne s'agit pas d'un droit protégé. [Notes en bas de page omises; je souligne.]

Au soutien de sa proposition, l'appelante s'en remet exclusivement à la décision de notre Cour dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si le *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, de l'Ontario portait atteinte au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant. Ce droit n'existe, il va sans dire, que pour permettre aux parents de veiller au bien-être de leur enfant et ne saurait emporter de droits qui ne sont pas liés à cet objectif, tel celui que l'appelante nous invite à reconnaître en l'espèce. En effet, l'appelante n'invoque pas le droit de prendre des décisions concernant l'éducation et la santé de son fils, mais plutôt le droit de vivre avec lui une relation au sein de la cellule familiale, droit duquel découlerait le droit de réclamer des dommages parce qu'il y a été porté atteinte. Or, il est clair que ni la *Charte canadienne* ni la *Charte québécoise* ne reconnaissent le droit de conserver et de continuer une relation parent-enfant et, partant, la Cour d'appel était justifiée de rejeter ce chef de compensation.

La deuxième question devant nous a trait à la réclamation de l'appelante, en tant qu'héritière, pour perte de vie ou perte d'expectative de vie de son fils, et plus précisément au sens qu'il faut donner au droit à la vie protégé à l'article premier de la *Charte*.

B. *Loss of Life or of Life Expectancy*

I should begin by explaining that this argument by the appellant does not concern any pain her son may have suffered before dying. Since the victim lost consciousness immediately after being shot, no evidence was adduced in this respect and, accordingly, the trial judge found that the very existence of the prejudice had not been established.

Rather, the appellant is asking us to consider the death of any person to be a prejudice that is objectively compensable under Quebec civil law, or in other words, that is the basis for a right to compensation regardless of whether the deceased was aware of his or her death. Accordingly we are also asked to reconsider, in light of the *Charter*, the past judgments of this Court that bar such compensation. This Court has already held on two occasions that an action for damages for loss of life or shortening of life cannot be transmitted where the victim dies immediately as a result of the wrongful act or survives a few hours without regaining consciousness before dying: since the right to life is extinguished when the victim dies, this remedy cannot become part of the victim's patrimony and, therefore, cannot be transmitted to his or her heirs. In *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, *supra*, at pp. 204-5 and 207-8, the majority of the Court, *per* Taschereau J., explained the rule (upheld by unanimous judgment of this Court in *Pantel v. Air Canada*, *supra*, at pp. 478-79) as follows:

[TRANSLATION] The general rule is that the patrimony of the deceased, that is, all the rights and obligations of the *de cuius* on which a money value can be placed, vests in the heirs. The whole of that property constitutes a legal universality. The only property included in the patrimony is that with economic value; such property is *patrimonial property* and is clearly transmissible to the heirs.

In addition, there are *extrapatrimonial rights* that are of monetary value only to the holder thereof and are accordingly not transmissible. They are extinguished at death and are not included in the body or mass of the succession that opens. It is correct to say that property in respect of which the holder had no claim while living is

B. *La perte de vie ou la perte d'expectative de vie*

Il importe de préciser que l'appelante n'invoque pas ici les souffrances qui auraient pu être subies par son fils avant son décès. La victime ayant perdu conscience immédiatement après de coup de feu, aucune preuve n'a été offerte à cet égard et le juge du procès a donc conclu que l'existence même du préjudice n'avait pas été établie.

L'appelante nous invite plutôt à envisager le décès de toute personne comme un préjudice objectivement indemnisable en droit civil québécois, c'est-à-dire donnant droit à compensation indépendamment du fait de la conscience de la victime de son décès, et, par conséquent, à reconsidérer, à la lumière de la *Charte*, la jurisprudence de notre Cour qui y fait obstacle. Notre Cour s'est, en effet, déjà prononcée à deux reprises contre la transmissibilité du recours en dommages pour perte de vie ou abrégement de vie lorsque la victime décède immédiatement en raison de l'acte fautif ou y survit quelques heures sans, toutefois, reprendre conscience avant de mourir: le droit à la vie prenant fin avec la vie de la victime, ce recours n'est pas susceptible d'entrer dans le patrimoine de la victime et ne saurait donc être transmis à ses héritiers. Dans l'affaire *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, précitée, aux pp. 204, 205, 207 et 208, la majorité de la Cour, sous la plume du juge Taschereau, expliquait le principe (confirmé par jugement unanime de notre Cour dans l'arrêt *Pantel c. Air Canada*, précité, aux pp. 478 et 479) en ces termes:

La règle générale veut que les héritiers soient investis du patrimoine du défunt, c'est-à-dire de l'ensemble de ses droits et de ses obligations, appréciables en argent, dont le *de cuius* était titulaire. La totalité de ces biens constitue une universalité juridique. Entrent seuls dans le patrimoine les biens qui ont une valeur économique, et ceux-là sont les *biens patrimoniaux* et sont évidemment transmissibles aux héritiers.

D'autre part, il existe *des droits extra-patrimoniaux* qui n'ont une valeur pécuniaire que pour leur titulaire, et par conséquent ne sont pas transmissibles. Ils s'éteignent avec la mort et ne font pas partie du corps ou de la masse de la succession qui s'ouvre. On peut véritablement dire que les biens pour lesquels le titulaire ne pou-

55

56

not included in the succession, and the logical result is that the heir cannot be seised of it.

The result would therefore, as stated by Galipeault C.J., be a claim the heirs wish to make for Beverley Driver's loss of life. I am clearly of the opinion that the victim never held this right, which was not transmissible. She could certainly not sue for the loss of her own life. [Emphasis added.]

Taschereau J. accordingly affirmed the opinion of Galipeault C.J. of the Quebec Court of Appeal, who had stated the following ([1960] Que. Q.B. 313, at pp. 317-18):

[TRANSLATION] In my view, there is still no claim for loss of life aside from that granted by art. 1056 C.C. to those mentioned therein, and the terms of art. 1053 of the said Code cannot be extended or expanded to give the deceased a claim for the loss of his or her life that is transmitted to his or her heirs.

It is quite clear that if the child Beverley had lived a certain time after the accident and had not obtained compensation or satisfaction while alive, her heirs could have made a claim against the person who committed the delict for suffering, loss of earnings and deprivation of the pleasures or amenities of life until her death, but that claim would result not from the victim's death but from an asset that would have become part of the property of the succession or the patrimony of the deceased before her death. [Emphasis added.]

avait réclamer en son vivant, ne font pas partie de la succession, et il s'ensuit logiquement que l'héritier ne peut en être saisi.

Il résulterait donc, comme le dit le Juge en chef Galipeault, une réclamation que veulent exercer les héritiers pour la perte de la vie de Beverley Driver. Je suis clairement d'opinion que la victime n'a jamais été titulaire de ce droit qui n'a pas pu être transmis. Elle ne pouvait sûrement pas poursuivre pour la perte de sa propre vie. [Je souligne.]

Le juge Taschereau confirmait donc l'opinion du juge en chef Galipeault de la Cour d'appel du Québec qui s'était exprimé ainsi ([1960] B.R. 313, aux pp. 317 et 318):

À mon sens, il n'existe encore aucune réclamation pour perte de vie outre celle que reconnaît aux personnes qui y sont mentionnées l'art. 1056 C.C., et les dispositions de l'art. 1053 du même Code ne sauraient être étendues ou élargies de façon à donner au décédé une réclamation pour la perte de sa vie qui est transmise à ses héritiers.

Il est bien sûr que si l'enfant Beverley eût, après son accident, vécu pendant un certain temps, et si elle n'eût pas de son vivant obtenu indemnité ou satisfaction, ses héritiers auraient pu faire valoir contre l'auteur du délit une réclamation pour souffrances, perte de salaire, privation des douceurs ou des aménités de la vie jusqu'à son décès, mais cette réclamation ne résulterait pas de la mort de la victime mais d'un actif qui, avant le décès, serait entré dans les biens de la succession ou le patrimoine de la défunte. [Je souligne.]

57 The appellant argued before this Court that these decisions became limited to their historical interest upon the enactment of the *Charter*, ss. 1 and 49 of which now confer on the heirs of a person who dies through the fault of another the right to obtain compensatory damages for loss of life or of life expectancy.

58 The appellant's argument faces an initial difficulty relating to the nature of the *Charter* remedies. In *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, the Court clearly held that the inclusion of fundamental rights and freedoms in the *Charter* had not created an autonomous system

L'appelante prétend devant nous que ces décisions n'ont plus qu'une valeur historique depuis l'adoption de la *Charte* dont les art. 1 et 49 confèreraient dorénavant aux héritiers d'une personne qui décède par la faute d'autrui le droit d'obtenir des dommages compensatoires pour perte de vie ou perte d'expectative de vie.

L'argument de l'appelante se bute à une première difficulté qui a trait à la nature des recours offerts par la *Charte*. Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, la Cour a clairement établi que l'inclusion de droits et libertés fondamentaux dans la *Charte*

of civil liability. Gonthier J., with whom I agreed on this point, wrote the following at para. 121:

It is understood that the moral and material damages awarded by a court following a *Charter* violation are strictly compensatory in nature. The wording of the provision leaves no doubt in this regard, since it entitles the victim of an unlawful interference with a protected right to obtain "compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom". Compensation so awarded will thus comply with the fundamental principle of *restitutio in integrum*. This means that for a given fact situation, the *Charter* cannot authorize double compensation or be a basis for awarding damages separate from those that could have been obtained under the general law. The violation of a guaranteed right does not change the general principles of compensation or in itself create independent prejudice. The *Charter* does not create a parallel compensation system. [Emphasis added.]

In that decision, I added that the overlap between the general system of law and that of the *Charter* applies only to the remedy of compensatory damages, thereby excluding the exemplary remedy provided for in the second paragraph of s. 49 of the *Charter* (at paras. 24-26).

It does not, in my view, follow that the *Charter* has not done much to clarify the scope of fundamental rights in Quebec law: M. Caron, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197. Furthermore, the principles of interpretation applicable to human rights legislation, which I discussed in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, *supra*, at paras. 42 and 45, attest to the particular significance of those fundamental rights in relation to the general law:

The *Charter* is not an ordinary statute implemented by the Quebec legislature in the same way as any other enactment. Rather, it has a special status: it is a fundamental, quasi-constitutional statute of public order that must be given a large and liberal interpretation in order

n'avait pas créé un régime autonome de responsabilité civile. Au paragraphe 121, le juge Gonthier, avec lequel j'étais d'accord sur ce point, écrit:

Il est entendu que les dommages moraux et matériels qu'accorde un tribunal suite à une violation de la *Charte* sont de nature strictement compensatoire. Le libellé du texte législatif ne laisse subsister aucun doute à ce sujet, puisqu'il confère à la victime d'une atteinte illicite à un droit protégé le droit d'obtenir «la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte». La compensation ainsi octroyée obéira donc au principe fondamental de la *restitutio in integrum*. C'est dire que pour une même situation factuelle, la *Charte* ne saurait autoriser double compensation, ni fonder des dommages distincts de ceux qui auraient pu être obtenus en vertu du droit commun. La violation d'un droit garanti n'a pas pour effet de modifier les principes généraux de compensation, ni de créer en soi un préjudice indépendant. La *Charte* ne crée pas un régime parallèle d'indemnisation. [Je souligne.]

Dans cet arrêt, j'ajoutais que le chevauchement entre le régime de droit commun et celui de la *Charte* ne valait qu'à l'égard du recours en dommages compensatoires, excluant par le fait même le recours de nature exemplaire prévu au second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* (aux par. 24 à 26).

Il ne s'ensuit pas, à mon avis, que la *Charte* n'ait pas grandement contribué à préciser la portée des droits fondamentaux en droit québécois: M. Caron, «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?» (1978), 56 *R. du B. can.* 197. Par ailleurs, les principes d'interprétation propres aux lois sur les droits de la personne, que j'ai rappelés dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, précité, aux par. 42 et 45, témoignent de l'importance particulière de ces droits fondamentaux par rapport au droit commun:

La *Charte* n'est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que n'importe quel autre texte législatif. Il s'agit plutôt d'une loi bénéficiant d'un statut spécial, d'une loi fondamentale, d'ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une

to achieve the general purposes underlying it as well as the specific objectives of its particular provisions.

Moreover, not only does the nature of this human rights and freedoms legislation call for a large and liberal interpretation, but s. 53 of the *Charter* also provides that "(i)f any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the Charter". This provision has been relied upon to ensure that statutes are interpreted in a manner consistent with the rights guaranteed in the *Charter*. . . . [Emphasis added.]

60 In light of these principles, it must now be determined whether the right to life guaranteed by s. 1 of the *Charter* requires a change to the judge-made principle that a person's right to life ceases to exist at the time of his or her death, thereby preventing the person's heirs from claiming compensatory damages for loss of life or of life expectancy. For the following reasons, I believe it does not.

61 The *Charter* did not create the right to life, which has always been valued and recognized in Quebec civil law. As Vallerand J.A. stated (at p. 341):

[TRANSLATION] The Charter clearly created new rights, and new remedies to assert them. But it is obvious to me that it did not create the right to life. Nor did it create the action for damages of the victim of a delict. It is my view that both the right to life of s. 1 of the Charter and the action for compensation of s. 49 existed before the advent of the Charter and that the instructions of the Supreme Court of Canada, which are binding upon us here, are applicable thereto. [Emphasis added.]

The validity of this statement can no longer be in doubt today in light of art. 3 *C.C.Q.*, which reads as follows:

3. Every person is the holder of personality rights, such as the right to life, the right to the inviolability and integrity of his person, and the right to the respect of his name, reputation and privacy.

These rights are inalienable.

interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières.

Par ailleurs, non seulement la nature de cette loi relative aux droits et libertés de la personne commande-t-elle une interprétation large et libérale, mais l'art. 53 de la *Charte* précise, de plus, que «(s)i un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte». Cette disposition a été utilisée afin de favoriser une interprétation des lois qui se concilie avec les droits garantis par la *Charte*. . . [Je souligne.]

À la lumière de ces principes, il s'agit maintenant de déterminer si le droit à la vie garanti à l'article premier de la *Charte* requiert que soit modifié le principe jurisprudentiel selon lequel le droit à la vie d'une personne cesse d'exister au moment de son décès de sorte que ses héritiers ne sauraient réclamer des dommages compensatoires pour perte de vie ou perte d'expectative de vie. Pour les motifs suivants, je ne le crois pas.

La *Charte* n'a pas créé le droit à la vie, lequel a toujours été valorisé et reconnu en droit civil québécois. Ainsi que l'exprime le juge Vallerand (à la p. 341):

La charte a sans doute créé de nouveaux droits et de nouveaux recours pour les faire valoir. Mais il va de soi, je pense, qu'elle n'a pas créé le droit à la vie. Elle n'a pas non plus créé le recours en dommages de la victime d'un délit. J'estime, pour ma part, que le droit à la vie de l'article 1 de la charte et le recours en réparation de l'article 49 existaient tous deux avant l'avènement de la charte et que s'y appliquent les directives de la Cour suprême du Canada qui nous lient ici. [Je souligne.]

La validité de cette affirmation ne saurait plus faire de doute aujourd'hui à la lumière de l'art. 3 *C.c.Q.* qui se lit ainsi:

3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'invocabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

Ces droits sont incessibles.

Although it is undeniable that death is the ultimate interference with the right to life, the courts, in Quebec as in the common law jurisdictions, have refused to consider loss of life or of life expectancy a compensable prejudice, that is, one for which compensatory damages are available. The right to life has thus been interpreted as terminating at the time of death, or in other words, as not including the right not to die through the fault of another: *Driver v. Coca-Cola Ltd.* and *Pantel v. Air Canada*, *supra*. Although the irony of this interpretation, dictated as it was by powerful arguments of judicial policy, must be recognized, it is, in my view, wrong to argue, as the appellant has done, that it depreciates the right to life.

The fact that a person's death does not add to the patrimony transmitted to his or her heirs, whoever they are and whatever their relationship with the victim, does not imply that the victim's right to life has no value. On the contrary, it is precisely because of the respect due to the right to life that compensation is available only to those persons to whom the right was in fact of value. On this point, there can no longer be any question that the distress felt by those close to a person who loses his or her life through the fault of another is fully compensable under the head of *solatium doloris*. Underlying the recognition of such a head of damage is nothing other than a recognition of the very value of the right to life.

The judicial policy considerations that support the position adopted by this Court in *Driver v. Coca-Cola Ltd.* and *Pantel v. Air Canada*, *supra*, are manifold; the most significant is that it is infinitely difficult, if not absolutely impossible, to quantify life. Life represents the quintessence of intangibility, and has consistently defied philosophical attempts at definition. The difficulty in defining the right to life, which is illustrated by certain contemporary legal debates concerning the right to life under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519), pales in

S'il est indéniable que la mort constitue l'atteinte ultime au droit à la vie, les tribunaux, au Québec comme en common law, ont pourtant refusé de considérer la perte de vie ou d'expectative de vie comme étant un préjudice indemnisable, c'est-à-dire donnant droit à des dommages compensatoires. À cette fin, le droit à la vie a été interprété comme prenant fin avec la mort ou, en d'autres termes, comme n'incluant pas le droit de ne pas mourir par la faute d'autrui: *Driver c. Coca-Cola Ltd.* et *Pantel c. Air Canada*, précités. Bien qu'il faille reconnaître l'ironie de cette interprétation, dictée par de puissants arguments de politique judiciaire, il m'apparaît néanmoins fallacieux de prétendre, comme le fait l'appelante, qu'elle dévalorise le droit à la vie.

Que la mort d'une personne n'enrichisse pas le patrimoine qu'elle transmet à ses héritiers, quels qu'ils soient et quelle qu'ait été leur relation avec la victime, n'implique pas que le droit à la vie de cette dernière n'a aucune valeur. Au contraire, c'est précisément le respect qui est dû au droit à la vie qui commande que seules les personnes aux yeux desquelles ce droit avait effectivement de la valeur puissent obtenir compensation. À cet égard, il n'est dorénavant plus permis de douter que la douleur morale éprouvée par les proches d'une personne qui perd la vie par la faute d'autrui est pleinement compensable à titre de *solatium doloris*. Sous-jacente à la reconnaissance d'un tel chef de dommages n'est nulle autre que la reconnaissance de la valeur même du droit à la vie.

Les considérations de politique judiciaire militant en faveur de la position adoptée par notre Cour dans les arrêts *Driver c. Coca-Cola Ltd.* et *Pantel c. Air Canada*, précités, sont multiples, la plus significative étant l'infinie difficulté, pour ne pas dire l'absolue impossibilité, de quantifier la vie, quintessence de l'intangible, qui, de tous les temps, a défié les tentatives philosophiques de définitions. La difficulté de cerner le sens du droit à la vie, illustrée par certains débats juridiques contemporains dans le contexte du droit à la vie prévu à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur*

62

63

64

comparison with that of placing a dollar value thereon.

65 How can a value be placed on the prejudice a person suffers by dying? Should the victim's personal characteristics, such as his or her intellectual and physical capacity, be taken into consideration? Where a person is suffering, for example, from an incurable illness that has a substantial effect on his or her quality of life, what would be the impact of the person's perception of his or her own life? I stop this exercise here, for the ramifications are preposterous; they are clearly inconsistent with the idea that every individual's right to life is of equal value regardless of his or her condition and potential.

66 In light of these practical and theoretical objections, which are not insignificant, I note that Canada is not the only jurisdiction that has opposed objective compensation for loss of life or of life expectancy. Among others, England passed legislation in 1982 that repealed this head of damage: *Administration of Justice Act 1982* (U.K.), 1982, c. 53, s. 1(1)(a). A number of American states, including Florida, Ohio, Oklahoma, Illinois, Maine, Wisconsin, Wyoming, Arizona, Colorado and Nebraska, have also passed legislation to make such compensation impossible: A. J. McClurg, "It's a Wonderful Life: The Case for Hedonic Damages in Wrongful Death Cases" (1990), 66 *Notre Dame L. Rev.* 57, at pp. 96-97. In France, although the Court of Cassation recently ruled in favour of awarding moral damages to a person whose serious injuries had reduced him to a state of permanent unconsciousness, the question, however, has not been resolved where, as here, a victim dies as a result of his or her injuries: G. Viney, "Responsabilité civile", J.C.P. 1995, ed. G, I, 3853, at p. 271. As for the academic debate on this question, Professor Viney opposes the possibility of transmitting the right to claim damages for loss of life or of life expectancy to one's heirs: *Traité de droit civil*, vol. 5, *Les obligations: la responsabilité — effets* (1988), at pp. 230-31.

67 On the other hand, no recognized type of prejudice seems to me appropriate to designate that

général), [1993] 3 R.C.S. 519, pâlit à côté de celle d'en faire l'évaluation en termes de dollars.

Comment, en effet, apprécier la valeur du préjudice qu'une personne subit en décédant? Les caractéristiques particulières de la victime telles que ses aptitudes intellectuelles et physiques doivent-elles être prises en considération? Quel serait l'impact de la perception de sa propre vie d'une personne atteinte, par exemple, d'une maladie incurable affectant substantiellement sa qualité de vie? J'arrête ici cet exercice dont les ramifications choquent l'intelligence en ce qu'elles nient l'égalité en valeur du droit à la vie de chaque individu, quelles que soient sa condition et ses possibilités.

À la lumière de ces objections, tant d'ordre pratique que de principe, non négligeables, je note que le Canada n'est pas la seule juridiction qui se soit opposée à l'indemnisation objective pour perte de vie ou perte d'expectative de vie. L'Angleterre, entre autres, a adopté en 1982 une loi abrogeant ce chef de dommages: *Administration of Justice Act 1982* (R.-U.), 1982, ch. 53, al. 1(1)(a). De même, plusieurs États américains, dont la Floride, l'Ohio, l'Oklahoma, l'Illinois, le Maine, le Wisconsin, le Wyoming, l'Arizona, le Colorado et le Nebraska, ont exclu cette possibilité par voie législative: A. J. McClurg, «It's a Wonderful Life: The Case for Hedonic Damages in Wrongful Death Cases» (1990), 66 *Notre Dame L. Rev.* 57, aux pp. 96 et 97. En France, bien que la Cour de cassation se soit récemment prononcée en faveur de l'octroi de dommages moraux à un grand blessé réduit à un état végétatif, la question n'est toutefois pas réglée lorsque, comme en l'espèce, la victime décède en raison de ses blessures: G. Viney, «Responsabilité civile», J.C.P. 1995, éd. G, I, 3853, à la p. 271. Quant à la controverse doctrinale qui existe sur cette question, le professeur Viney la tranche en faveur de la non-transmissibilité aux héritiers du droit de réclamer des dommages pour perte de vie ou d'expectative de vie: *Traité de droit civil*, t. 5, *Les obligations: la responsabilité — effets* (1988), aux pp. 230 et 231.

Par ailleurs, aucun type de préjudice reconnu ne me semble approprié pour désigner celui qui

which results from death, which, in a way, is equivalent to an inability to feel any prejudice whatsoever. Thus, loss of life or of life expectancy, by its very nature, constitutes a unique prejudice, which, in my view, justifies departing from the civil liability rule of *restitutio in integrum*, the scope of which this Court recently defined in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra*.

In that case, this Court affirmed the trial judge's finding that the patients of a hospital for the mentally disabled had the necessary capacity to suffer the moral prejudice of discomfort, which they did in fact suffer as a result of illegal strikes by the hospital's staff. Although that type of prejudice is clearly compensable if suffered by persons without disabilities, the issue in *Syndicat* was whether the patients should, owing to their mental disability, be denied their right to compensation in light of their inability to appreciate and enjoy such compensation. Stressing the compensatory function of civil liability, the Court concluded as follows (at para. 71):

[I]n the civil law . . . the reason that damages may be recovered is not because the victim may benefit from them, but rather because of the very fact that there is a moral prejudice. The victim's condition or capacity to perceive are, therefore, irrelevant in relation to the right to compensation for the moral prejudice.

That is not the issue in the case at bar, since loss of life or of life expectancy, as opposed to moral prejudice, for example, is not a head of damage that is transmissible to a victim's heirs in Quebec civil law. Moreover, in light of the basically remedial function of the civil liability system, it is hard to justify compensating a prejudice the very nature of which will systematically ensure that the victim is unable to gain any benefit therefrom. This point of view is shared by, *inter alia*, Professor Viney, *Les obligations: la responsabilité — effets, supra*, at pp. 230-31:

résulte du décès, ce dernier équivalant, d'une certaine façon, à l'incapacité de ressentir quelque préjudice que ce soit. De par sa nature, donc, la perte de vie ou d'expectative de vie constitue un préjudice unique, ce qui justifie, à mon avis, de déroger à la règle de la restitution intégrale de la responsabilité civile, règle dont notre Cour a récemment précisé la portée dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité.

Dans cette affaire, notre Cour a confirmé la conclusion du juge du procès selon laquelle les bénéficiaires d'un centre hospitalier pour déficients mentaux possédaient la capacité nécessaire pour subir un préjudice moral d'inconfort, préjudice qu'ils ont effectivement subi en raison de grèves illégales auxquelles a pris part le personnel du centre. Bien qu'il n'ait pas fait de doute que ce type de préjudice soit indemnisable s'il est éprouvé par des personnes normalement constituées, en raison de la déficience mentale des bénéficiaires, il s'agissait dans ce cas de déterminer si leur droit à la compensation devait leur être nié vu leur incapacité d'apprécier et de jouir de cette compensation. Insistant sur la fonction compensatoire de la responsabilité civile, la Cour a conclu (au par. 71):

[E]n droit civil [. . .] les dommages sont recouvrables, non pas parce que la victime pourra en bénéficier, mais plutôt en raison même de l'existence d'un préjudice moral. L'état ou la capacité de perception de la victime ne sont donc pas pertinents quant au droit à la compensation du préjudice moral.

Telle n'est pas la question en l'espèce, la perte de vie ou la perte d'expectative de vie, contrairement au préjudice moral par exemple, ne constituant pas un chef de dommages transmissible aux héritiers de la victime en droit civil québécois. D'autre part, à la lumière de la fonction essentiellement réparatrice du régime de responsabilité civile, il est difficile de justifier l'indemnisation d'un préjudice dont la nature même fera systématiquement en sorte que la victime ne pourra en tirer un quelconque profit. Ce point de vue est partagé notamment par le professeur Viney, *Les obligations: la responsabilité — effets, op. cit.*, aux pp. 230 et 231:

68

69

[TRANSLATION] Finally, it is therefore the movement in favour of the "patrimonialization" of the compensation of moral damage that seems to provide the strongest support for the transmissibility argument. However, the whole question is in fact how far this trend should go and whether it should not be qualified to avoid excessive "commercialization" of feelings and moral values.

Thus, none of the arguments made by those in favour of transmissibility seem conclusive. On the other hand, the opposing argument is supported by very strong considerations.

First of all, it cannot be denied that compensation for moral prejudice has a specific function of either giving the victim satisfaction intended to remedy the pain caused by his or her suffering or imposing a sort of civil sanction on the person who caused the suffering that meets a need, if not for revenge, at least for public affirmation that the person who suffers has a right against the person who caused that suffering. It is quite clear that, if it is actually to fulfil this function, the compensation must be claimed and obtained by the victim him or herself. If it is claimed by the victim's heirs, it provides no relief for the suffering and gives no moral satisfaction to the sufferer. Its only effect is to enable the successors to make money off a suffering they did not endure and for which their predecessor in title may not personally have wished to claim relief, which seems especially disagreeable, and maybe even downright immoral. [Footnotes omitted; emphasis added.]

70 The judicial policy underlying this judge-made rule, as established in *Driver v. Coca-Cola Ltd.* and *Pantel v. Air Canada*, *supra*, has continued to be just as relevant since the advent of the *Charter*.

71 It is indisputable that the respondent Gosset's wrongful conduct resulted in unlawful interference with Anthony's right to life. However, the *Charter* is no more capable than the general law of protecting the right to life once a person has died. Thus, for the judicial policy considerations set out earlier, no compensation can be awarded in respect of the appellant's claim for interference with her son's right to life under either art. 1053 *C.C.L.C.* or ss. 1 and 49 of the *Charter*. The fact that the appellant stressed the shortening of the life of her son, who survived for four hours after being injured, rather than the loss of his life, is in my

C'est donc finalement le mouvement favorable à la «patrimonialisation» de la réparation des dommages moraux qui paraît étayer le plus solidement la thèse de la transmissibilité. Mais toute la question est précisément de savoir jusqu'où doit aller cette tendance et s'il ne faut pas la nuancer pour éviter une «commercialisation» excessive des sentiments et des valeurs morales.

Aucun des arguments invoqués par les partisans de la transmissibilité ne paraît donc décisif. En revanche la thèse opposée se recommande de considérations très fortes.

Tout d'abord, on ne saurait nier que l'indemnisation des préjudices moraux remplit une fonction particulière qui peut être, soit d'apporter à la victime une satisfaction destinée à compenser l'impression pénible laissée par ses souffrances, soit d'infliger à l'auteur une sorte de sanction civile qui satisfait un besoin, sinon de vengeance, du moins d'affirmation publique du droit de celui qui a souffert contre celui qui lui a infligé cette souffrance. Or, il est bien évident que, pour remplir véritablement cette fonction, l'indemnisation doit être réclamée et obtenue par la victime elle-même. Si elle l'est par ses héritiers, elle n'apporte aucun soulagement aux souffrances endurées et ne donne aucune satisfaction morale à celui qui les a subies. Son seul effet est de permettre aux successeurs de faire argent d'une souffrance qui n'est pas la leur et dont peut-être leur auteur n'aurait pas voulu lui-même demander réparation, ce qui paraît particulièrement antipathique, sinon même franchement immoral. [Notes en bas de page omises; je souligne.]

La politique judiciaire qui sous-tend la règle jurisprudentielle établie dans les arrêts *Driver c. Coca-Cola Ltd.* et *Pantel c. Air Canada*, précités, conserve toute sa pertinence depuis l'avènement de la *Charte*.

Nul ne peut contester qu'il y a eu atteinte illicite au droit à la vie d'Anthony en raison du comportement fautif de l'intimé Gosset. Toutefois, la *Charte*, pas plus que le droit commun, n'est en mesure de protéger le droit à une vie qui s'est éteinte. Ainsi, pour les considérations de politique judiciaire déjà exposées, la réclamation de l'appellante pour atteinte au droit à la vie de son fils ne saurait faire l'objet d'indemnisation, tant en vertu de l'art. 1053 *C.c.B.C.* que des art. 1 et 49 de la *Charte*. À cet égard, que l'appellante mette l'accent sur l'abrégement de la vie de son fils, qui a survécu quatre heures à sa blessure, plutôt que la perte

view not relevant here. These two heads of damage are indissociable where the victim dies instantaneously owing to the wrongful act or survives without regaining consciousness before dying.

Furthermore, contrary to the appellant's submission, her son's right to security was not interfered with independently of his right to life when the respondent Gosset trained his weapon upon him, according to his testimony, in the aim of keeping him under control at a distance for the purpose of arrest. Without deciding whether these are distinct rights, to accept the opposite argument in the circumstances would amount to holding that this practice universally accepted by the police is necessarily, as the appellant contends, an unlawful interference with the suspect's right to personal security on the basis of which compensatory and exemplary damages can be claimed under s. 49 of the *Charter*. This is surely not the *Charter's* objective.

Having said this, it is clear that the *Charter* has reiterated the protection of the right to life, to which every person is inherently entitled, as recognized by the general law of civil liability. As Deschamps J.A. pointed out at p. 364, the exemplary damages remedy provided for in the second paragraph of s. 49 of the *Charter* is a tool for protecting the right to life that should not be underestimated:

A criticism often made about the subjective approach is that it allows the authors of a fault to go unpunished for the death of their victim whereas a lesser fault would have been sanctioned. I refer to the often-mentioned example of the automobilist who is more advantaged by killing a person rather than only injuring him or her. This reflects again a confusion between exemplary and compensatory damages. It is also useful to note that the circumstances in which an advantage might seem to accrue to the author whose victim does not suffer from the fault are more seldom seen now that exemplary damages can be awarded. These damages take into consideration the gravity of the act, which is not a prime

de sa vie m'apparaît sans conséquence en l'espèce. En effet, ces deux chefs de dommages sont indissociables lorsque la victime meurt instantanément en raison de l'acte fautif ou y survit sans pour autant reprendre conscience avant de décéder.

Par ailleurs, contrairement à la proposition de l'appelante, le droit à la sûreté de son fils n'a pas été violé indépendamment de son droit à la vie lorsque l'intimé Gosset a pointé son arme en sa direction dans le but, a-t-il témoigné, de le contrôler à distance pour le soumettre à l'arrestation. Sans décider de la question de savoir s'il s'agit-là de droits distincts, admettre le contraire dans les circonstances équivaldrait à reconnaître que cette pratique universellement acceptée par le corps policier constituerait nécessairement, selon l'appelante, une atteinte illicite au droit à la sûreté de la personne du suspect, atteinte qui ferait naître la possibilité de réclamer des dommages compensatoires et exemplaires en vertu de l'art. 49 de la *Charte*. Ce n'est sûrement pas là l'objectif recherché par la *Charte*.

Ceci dit, il est clair que la *Charte* a réitéré la protection accordée au droit à la vie, à laquelle toute personne a un droit inné, telle que reconnue par le droit commun de la responsabilité civile. En effet, comme le souligne le juge Deschamps, à la p. 364, le recours en dommages exemplaires prévu au deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* constitue un outil de protection du droit à la vie qu'il ne faut pas sous-estimer:

[TRADUCTION] On reproche souvent à l'approche subjective de permettre aux auteurs d'une faute d'éviter toute punition pour la mort de leurs victimes, alors qu'une faute moindre aurait été punie. Je renvoie à l'exemple souvent donné de l'automobiliste à qui il est préférable de tuer une personne plutôt que de simplement la blesser. Cela reflète, une fois de plus, la confusion entre dommages-intérêts exemplaires et dommages-intérêts compensatoires. De plus, il est également utile de souligner que les cas où l'auteur d'une faute ne causant pas de souffrances à la victime pourrait sembler avantageé sont moins fréquents depuis que des dommages-intérêts exemplaires peuvent être accordés. Ces dommages-intérêts tiennent compte de la gravité de l'acte, facteur qui ne revêt pas une grande importance

72

73

consideration in evaluating compensatory damages. [Emphasis added.]

74

On the other hand, there is nothing to prevent an award of exemplary damages in the context of an action for moral or material prejudice of the mother since the latter is based on the unlawful interference with her son's right to life, resulting in civil liability toward her, an indirect victim. I note the analysis of s. 49 in Gonthier J.'s majority opinion in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, *supra*, at para. 127:

Despite [its dual objective of punishment and deterrence], an action for exemplary damages based on the second paragraph of s. 49 of the *Charter* cannot be dissociated from the principles of civil liability. Such an action can only be incidental to a principal action seeking compensation for moral or material prejudice. The second paragraph of s. 49 clearly states that in case of unlawful and intentional interference with a protected right, "the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages" [emphasis in original]. This wording clearly shows that, even if it were admitted that an award of exemplary damages is not dependent upon a prior award of compensatory damages, the court must at least have found that there was an unlawful interference with a guaranteed right. Some wrongful conduct that gives rise to civil liability will therefore be identified and further consideration given to the intention of the person responsible. It is the combination of unlawfulness and intentionality that underlies the decision to award exemplary damages. The necessary connection with the wrongful conduct that gives rise to civil liability leads one to associate the remedy of exemplary damages with the principles of civil liability. [Emphasis added.]

75

This discussion leads us to the final question to be discussed, namely the element of intent to which an award of exemplary damages under the second paragraph of s. 49 of the *Charter* is subject.

C. *Unlawful and Intentional Interference*

76

As I have already mentioned, the facts of this case show beyond the shadow of a doubt that Anthony's right to life was infringed as a result of the respondent Gosset's wrongful conduct. Unlaw-

pour l'évaluation des dommages-intérêts compensatoires. [Je souligne.]

Rien n'exclut par ailleurs l'octroi de dommages exemplaires dans le cadre d'un recours pour dommages moraux ou matériels de la mère puisque ceux-ci trouvent leur source dans l'atteinte illicite au droit à la vie de son fils, qui engendre responsabilité civile envers celle-ci, victime par ricochet. Je rappelle l'analyse que faisait de l'art. 49 l'opinion majoritaire du juge Gonthier dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, précité, au par. 127:

Malgré [son double objectif de punition et de dissuasion], le recours en dommages exemplaires fondé sur l'art. 49, al. 2 de la *Charte* ne peut se dissocier des principes de la responsabilité civile. Un tel recours ne pourra en effet qu'être l'accessoire d'un recours principal visant à obtenir compensation du préjudice moral ou matériel. L'article 49, al. 2 précise bien qu'en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit protégé, «le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires» [souligné dans l'original]. Cette formulation démontre clairement que, même si l'on admettait que l'attribution de dommages exemplaires ne dépend pas de l'attribution préalable de dommages compensatoires, le tribunal devra à tout le moins avoir conclu à la présence d'une atteinte illicite à un droit garanti. Il y aura donc identification d'un comportement fautif constitutif de responsabilité civile, et en sus, étude plus approfondie de l'intention du responsable. C'est la combinaison de l'illicéité et de l'intentionnalité qui sous-tend la décision d'accorder des dommages exemplaires. Le lien nécessaire avec le comportement fautif constitutif de responsabilité civile permet d'associer aux principes de la responsabilité civile le recours en dommages exemplaires. [Je souligne.]

Cette discussion nous mène à la dernière question dont il faut traiter, soit l'élément d'intentionnalité auquel est assujéti l'octroi de dommages exemplaires prévu au deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*.

C. *L'atteinte illicite et intentionnelle*

Comme je l'ai déjà mentionné, les faits de l'es-
pèce démontrent sans l'ombre d'un doute que le droit à la vie d'Anthony a été violé en raison de la conduite fautive de l'intimé Gosset. L'existence

ful interference with a right protected by the *Charter* having been established, it must now be determined whether that interference can be characterized as “intentional” within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. This must be so for exemplary damages to be awarded.

What “unlawful and intentional interference” should be understood to mean was discussed in detail in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra*. After reviewing the decisions of the Quebec Court of Appeal, the Court was unanimous in holding that the special nature of the *Charter* as an instrument for protecting human rights supports an interpretation of this concept giving full effect to the punishment and deterrence objective of exemplary damages. Pointing out that the relevant intent within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter* was related to the consequences of the wrongful conduct of the person guilty of unlawful interference, I stated the applicable test as follows (at para. 121):

[T]here will be unlawful and intentional interference within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter* when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause.

In the present case, the trier of fact found that the respondent Gosset did not intend to fire the fatal shot but that his wilful and negligent use of his weapon nevertheless constituted unlawful and intentional interference with Anthony's right to security, as a reasonable person would have foreseen that such an act would place that right in serious jeopardy. The majority of the Court of Appeal rejected this interpretation on the ground that the element of intent required by the second paragraph of s. 49 of the *Charter* implies that the person guilty of the unlawful interference intended the consequences of his or her wrongful acts. In this respect, Deschamps J.A., speaking for the majority, gave the following definition (at pp. 372-73):

d'une atteinte illicite à un droit protégé par la *Charte* étant établie, il s'agit de déterminer si cette atteinte se qualifie d'«intentionnelle» au sens du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* de façon à permettre l'octroi de dommages exemplaires.

La question de savoir ce qu'il faut entendre par la notion d'«atteinte illicite et intentionnelle» a été examinée à fond dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité. Après une revue de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec, la Cour à l'unanimité a conclu que la nature particulière de la *Charte* en tant qu'instrument de protection des droits de la personne militait en faveur d'une interprétation de cette notion qui donne plein effet à l'objectif de punition et de dissuasion des dommages exemplaires. En soulignant que l'intention pertinente au sens du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte* était attachée aux conséquences de la conduite fautive de l'auteur de l'atteinte illicite, j'ai énoncé le critère applicable en ces termes (au par. 121):

[I]l y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendra.

Dans le cas qui nous intéresse, le juge des faits a conclu que l'intimé Gosset n'avait pas eu l'intention de tirer le coup de feu fatal, mais que l'usage délibéré et négligent qu'il a fait de son arme constituait néanmoins une atteinte illicite et intentionnelle au droit à la sûreté d'Anthony, puisqu'une personne raisonnable aurait prévu qu'un pareil geste mettait ce droit sérieusement en péril. La majorité de la Cour d'appel a rejeté cette interprétation au motif que l'élément d'intentionnalité requis par le second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* supposait que l'auteur de l'atteinte illicite ait voulu les conséquences de ses actes fautifs. À cet égard, le juge Deschamps, au nom de la majorité, précise (aux pp. 372 et 373):

77

78

[TRANSLATION] [Baudouin J.A.'s interpretation in *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.)] seems to me to be the only one that can be accepted, having regard to the historical context and the specific nature of the civil law. The legislator has chosen to make only truly intentional interference subject to exemplary damages and the fact that reckless or negligent interference was not included, regardless of the gravity of the recklessness or negligence, must surely also be by choice. The distinction cannot have escaped the legislator, and I must respect that distinction.

In some situations, the intention to commit the interference with a right protected by the Charter may be immediately apparent from the deliberate nature of the act committed. Thus in both *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. v. Alvetta-Comeau* and *West Island Teachers' Association v. Nantel* [[1988] R.J.Q. 1569 (C.A.)], it was apparent that the purpose of the intentional acts of the union representatives was to interfere with the protected rights of the dissident union members.

Similarly, in *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand v. Curateur public du Québec*, [[1994] R.J.Q. 2761 (C.A.)] the union members knew that the deprivation of services would cause inconvenience to the patients; while this was a way for them to put pressure on the employer, nonetheless the consequence of the acts committed, the interference with the protected right, was intended.

Having regard to the foregoing, I do not believe that section 49 paragraph 2 of the Charter leaves any room for the introduction of the concept of recklessness which the trial judge seems to have applied. [Emphasis added.]

Thus, since the trial judge recognized that the respondent Gosset used his weapon with the intent not to kill Anthony but to keep him under control at a distance to ensure his consent to arrest, the majority concluded that there was no "unlawful and intentional interference" within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*.

79

The trial judge erred in law in holding that the merely negligent conduct of the respondent Gosset was sufficient to constitute "unlawful and intentional interference" within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*.

[L'interprétation du juge Baudouin dans *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.)] me semble la seule qui puisse être retenue compte tenu du contexte historique ainsi que de la spécificité du droit civil. Le législateur a choisi de ne retenir, comme possibles de dommages exemplaires, que les atteintes réellement intentionnelles et c'est sûrement aussi par choix qu'il n'y a pas inclus les atteintes insouciantes et négligentes, quelle que soit la gravité de cette insouciance ou cette négligence. La distinction ne peut avoir échappé au législateur et je dois la respecter.

Dans certaines situations, l'intention de commettre l'atteinte à un droit protégé par la charte transparaît d'emblée du caractère volontaire du geste posé. Ainsi, tant dans l'affaire *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau* que dans l'affaire *West Island Teachers' Association v. Nantel* [[1988] R.J.Q. 1569 (C.A.)], il était évident que les gestes intentionnels des représentants syndicaux avaient pour but d'atteindre les droits protégés des syndiqués dissidents.

De la même façon, dans *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand c. Curateur public du Québec*, [[1994] R.J.Q. 2761 (C.A.)], les syndiqués savaient que la privation de services entraînerait des inconvénients chez les patients; s'il s'agissait là d'une façon pour eux de faire des pressions sur l'employeur, il n'en demeure pas moins que la conséquence des gestes, soit l'atteinte au droit protégé, était voulue.

Compte tenu de ce contexte, je ne crois pas que l'article 49 alinéa 2 de la charte laisse place à l'introduction de la notion d'insouciance (*recklessness*) à laquelle le juge de première instance semble avoir eu recours. [Je souligne.]

Ainsi, puisque le juge du procès a reconnu que l'usage que l'intimé Gosset a fait de son arme était destiné, non à tuer, mais à contrôler Anthony à distance pour qu'il se soumette à l'arrestation, la majorité en arrive à la conclusion qu'il n'y a pas eu «atteinte illicite et intentionnelle» au sens du deuxième alinéa de l'art. 49 de la *Charte*.

En effet, le juge du procès a erré en droit en concluant que le comportement simplement négligent de l'intimé Gosset suffisait pour constituer une «atteinte illicite et intentionnelle» au sens du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*.

Applying the test in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra*, I agree with the majority of the Court of Appeal that, in the present case, the respondent Gosset did not intend to kill Anthony and did not intend the consequences of his act. It is clear from the evidence that he did not shoot to kill Anthony and also that, after being led to cock his weapon while drawing it, he did not fire it intentionally. Furthermore, since using a weapon to keep a suspect under control at a distance is standard police practice, the unfortunate consequences of doing so in this case surely cannot be characterized as "immediate and natural" or even as "extremely probable".

The unlawful interference with Anthony's right to life was accordingly not "intentional" within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter*. This means that the majority of the Court of Appeal was right to reverse the trial judgment on this point and to refuse to award exemplary damages to the appellant.

VI. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal in part solely to refer the matter back to the Quebec Court of Appeal so that it may determine the quantum of compensatory damages for *solatium doloris* after hearing the parties on this point and in accordance with the criteria established in this judgment, the whole with costs throughout.

Appeal allowed in part with costs.

Solicitors for the appellant: Pearl & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent the Communauté urbaine de Montréal: Leduc, Bélanger, Boisvert, Laurendeau, Rivard, Montréal.

Solicitors for the respondent Gosset: Alarie, Legault, Beauchemin, Paquin, Jobin & Brisson, Montréal.

Appliquant le critère dégagé dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel pour conclure qu'en l'espèce, l'intimé Gosset n'avait pas l'intention de tuer Anthony et ne voulait pas les conséquences de son geste. La preuve révèle clairement, en effet, qu'il n'a pas tiré dans le but de tuer Anthony et que, de surcroît, ayant été entraîné à armer son arme tout en dégainant, cette dernière n'a pas été actionnée intentionnellement. Par ailleurs, le contrôle à distance d'un suspect au moyen d'une arme étant pratique courante dans le corps policier, les conséquences malheureuses auxquelles ce geste a donné suite en l'espèce ne peuvent certainement pas être qualifiées d'«immédiates et naturelles», ni même d'«extrêmement probables».

En conséquence, l'atteinte illicite au droit à la vie d'Anthony n'était pas «intentionnelle» au sens du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte*. Ainsi, la majorité de la Cour d'appel a eu raison d'infirmer le jugement de première instance sur ce point et de refuser d'accorder des dommages exemplaires à l'appelante.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel en partie uniquement aux fins de retourner le dossier à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle détermine le quantum des dommages compensatoires pour *solatium doloris* après audition des parties sur ce point et conformément aux critères dégagés dans cet arrêt, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Pearl & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Communauté urbaine de Montréal: Leduc, Bélanger, Boisvert, Laurendeau, Rivard, Montréal.

Procureurs de l'intimé Gosset: Alarie, Legault, Beauchemin, Paquin, Jobin & Brisson, Montréal.

80

81

82

Joseph Ronald Jacques and Mary Maurene Mitchell Appellants

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada Respondent

INDEXED AS: R. v. JACQUES

File No.: 24558.

1996: February 2; 1996: October 3.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Search or seizure — Police officer stopping and searching appellants' truck several kilometres from Canada-U.S. border after receiving report that a vehicle had crossed at uncontrolled point of entry — Report containing no description of vehicle or passengers — Customs Act authorizing stop and search of vehicle where officer suspects on reasonable grounds that vehicle is or might be involved in smuggling — Whether officer had reasonable grounds to stop appellants — Whether appellants subjected to unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 99(1)(f).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Police officer stopping and searching appellants' truck several kilometres from Canada-U.S. border after receiving report that a vehicle had crossed at uncontrolled point of entry — Report containing no description of vehicle or passengers — Customs Act authorizing stop and search of vehicle where officer suspects on reasonable grounds that vehicle is or might be involved in smuggling — Whether officer had reasonable grounds to stop appellants — Whether appellants arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 99(1)(f).

Joseph Ronald Jacques et Mary Maurene Mitchell Appellants

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. JACQUES

N° du greffe: 24558.

1996: 2 février; 1996: 3 octobre.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie — Agent de police interceptant et fouillant la camionnette des appelants à quelques kilomètres de la frontière Canada-É.-U., après avoir reçu un rapport l'informant qu'un véhicule avait traversé à un passage frontalier non surveillé — Rapport ne donnant aucune description du véhicule ou des passagers — Loi sur les douanes autorisant un agent à intercepter et à fouiller un véhicule s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce véhicule sert ou pourrait servir à faire de la contrebande — L'agent avait-il des motifs raisonnables d'interpeller les appelants? — Les appelants ont-ils été soumis à une fouille, perquisition ou saisie abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 99(1)(f).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Agent de police interceptant et fouillant la camionnette des appelants à quelques kilomètres de la frontière Canada-É.-U., après avoir reçu un rapport l'informant qu'un véhicule avait traversé à un passage frontalier non surveillé — Rapport ne donnant aucune description du véhicule ou des passagers — Loi sur les douanes autorisant un agent à intercepter et à fouiller un véhicule s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce véhicule sert ou pourrait servir à faire de la contrebande — L'agent avait-il des motifs raisonnables d'interpeller les appelants? — Les appelants ont-ils été détenus arbitrairement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 99(1)(f).

An RCMP officer received a radio report from the U.S. border patrol informing him that a single vehicle had crossed the Canada-U.S. border at a nearby uncontrolled point of entry. No description of the vehicle or of its passengers, contents or licence plates was given. The officer proceeded to the intersection of the road from the border and the Trans-Canada highway. He testified that it would take approximately three minutes to drive from the border to the intersection, a distance of some four to five kilometres, and that it took him three to five minutes to drive from where he received the radio report to the intersection. When he arrived he noticed two vehicles waiting. The first in line was a car with New Brunswick licence plates, driven by a woman approximately 60 years old. The second vehicle was a pickup truck, with a Quebec licence plate in the rear, a cellular phone antenna, and a cap on the back. This vehicle, which was occupied by the appellants, was stopped by the officer, who stated at trial that he had a choice between the two vehicles and picked the one he felt was more suspicious. When asked where he had been, the driver replied, "I'm coming from across". He was then asked what he had in the back of the vehicle, and replied that it was whisky. On request, he opened the back of the truck and the officer noted several Wal-Mart bags and some boxes with liquor markings on them. The officer then placed the appellants under arrest and confiscated their truck. The appellants were charged with failing to report to customs and smuggling. The trial judge found that since the stopping of the appellants' vehicle was based on the officer's hunch, which was insufficient to constitute reasonable grounds, it was arbitrary, and thus a violation of s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He also held that the statements by the driver and the subsequent consent to search the vehicle were given in violation of the *Charter* and the evidence gathered thereafter was inadmissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Crown called no further evidence and the appellants were acquitted. The Court of Appeal found that the stopping of the appellants' vehicle was permitted under s. 99(1)(f) of the *Customs Act*, concluding that the officer had reasonable grounds to suspect a contravention of the Act because the truck was on the road leading from the border and did not fit into the

Un agent de la GRC a reçu un rapport radio de la patrouille frontalière américaine l'informant qu'un véhicule seul avait traversé la frontière Canada-É.-U. à un passage frontalier non surveillé situé à proximité. Le rapport radio ne donnait aucune description du véhicule, de ses passagers, de son contenu ou de ses plaques d'immatriculation. L'agent s'est dirigé vers le point d'intersection de la route transcanadienne et du chemin conduisant à la frontière. Il a affirmé qu'il faut environ trois minutes à un véhicule pour aller de la frontière à l'intersection, soit une distance d'environ quatre ou cinq kilomètres, et qu'il lui a fallu de trois à cinq minutes pour se rendre en voiture de l'endroit où il a reçu le rapport radio jusqu'à l'intersection. À son arrivée sur les lieux, il a remarqué deux véhicules qui attendaient. Le premier était une voiture immatriculée au Nouveau-Brunswick et conduite par une femme d'environ 60 ans. Le second était une camionnette immatriculée au Québec, munie d'une antenne de téléphone cellulaire et d'un capot de caisse. Cette camionnette, dans laquelle se trouvaient les appelants, a été interceptée par l'agent qui a affirmé, au procès, avoir eu le choix entre les deux véhicules et avoir choisi celui qui lui semblait le plus suspect. Lorsque l'agent lui a demandé d'où il venait, le conducteur a répondu: «Je viens de l'autre côté». Après que l'agent lui eut ensuite demandé ce qu'il y avait à l'arrière du véhicule, le conducteur a répondu que c'était du whisky. À la demande de l'agent, il a ouvert l'arrière de la camionnette et l'agent a alors remarqué plusieurs sacs du magasin Wal-Mart de même que des boîtes portant des inscriptions de spiritueux. L'agent a alors procédé à l'arrestation des appelants et a confisqué leur camionnette. Les appelants ont été accusés d'avoir omis de se présenter à la douane et d'avoir introduit des marchandises en fraude. Le juge de première instance a conclu que, puisque l'interception du véhicule des appelants était fondée sur une simple intuition de l'agent, ce qui n'était pas suffisant pour constituer des motifs raisonnables, elle était arbitraire et violait donc l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a aussi statué que les déclarations du conducteur et son consentement à la fouille subséquente du véhicule ont été obtenus en contravention de la *Charte* et que la preuve ainsi recueillie par la suite ne devait pas être utilisée, conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve et les appelants ont été acquittés. La Cour d'appel a jugé que l'interception du véhicule des appelants était permise en vertu de l'al. 99(1)f) de la *Loi sur les douanes*, concluant que l'agent avait des motifs raisonnables de soupçonner une contravention à la Loi parce que la camionnette était sur le chemin venant de la frontière et qu'elle ne cadrait pas

surroundings. It set aside the acquittals and ordered new trials.

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Having failed to refer explicitly to s. 99(1)(f) of the *Customs Act*, the trial judge further erred by overstating the necessary grounds for the officer's actions. Section 99(1)(f) authorized the detention and search of the appellants' vehicle on the basis of reasonable suspicion of smuggling or an attempt thereto, but the trial judge referred to a probability of illegal smuggling. In assessing the officer's actions, the trial judge also adopted a dissecting approach to evidence when, instead, he should have measured the totality of the circumstances. Since the precise and reliable information relayed to the officer, the location of the appellants' vehicle and his observations of it amply satisfied the requirements for detention and search under s. 99(1)(f) of the Act, the appellants were not arbitrarily detained contrary to s. 9 of the *Charter*. The appellants' right to be secure against unreasonable search and seizure was also not violated. The search carried out met the criteria set out in *Collins*: it was authorized by law, that law is itself reasonable, and the search was carried out in a reasonable manner. The Crown's failure to adduce further evidence after the adverse *voir dire* ruling, thereby necessitating an acquittal, falls far short of an abuse of process. The ruling rendered virtually meaningless any other evidence which the Crown might have been in a position to call. Since it would be absurd to expect the Crown to have proceeded with the trial in those circumstances, its failure to do so does not affect the availability of a new trial. A new trial is warranted here. The excluded evidence, together with the evidence already of record, constitutes circumstantial evidence such that, had the error not occurred and the excluded evidence been allowed, the verdict would not necessarily have been the same.

Per Major J. (dissenting): The trial judge was correct in finding that the officer did not have reasonable grounds to stop the appellants. While the requirements of s. 99(1)(f) of the *Customs Act* are not stringent, there must be some connection between the factors relied on by the officer and the suspected breach of the Act. Here

avec l'environnement. Elle a annulé les acquittements et ordonné la tenue de nouveaux procès.

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci: Puisqu'il a omis de se reporter explicitement à l'al. 99(1)f) de la *Loi sur les douanes*, le juge de première instance a commis une autre erreur en étant trop exigeant quant aux motifs que devait avoir l'agent pour agir. L'alinéa 99(1)f) autorisait l'agent à retenir et à fouiller le véhicule des appelants s'il soupçonnait, pour des motifs raisonnables, qu'ils se livraient à la contrebande ou tentaient de le faire, mais le juge de première instance a mentionné une probabilité de contrebande. En examinant les actions de l'agent, le juge de première instance a aussi étudié chaque élément de preuve séparément alors qu'il aurait dû évaluer l'ensemble des circonstances. Étant donné que les renseignements précis et fiables communiqués à l'agent, l'endroit où se trouvait le véhicule des appelants et l'observation qu'en a faite l'agent satisfaisaient amplement aux exigences en matière de rétention et de fouille prescrites à l'al. 99(1)f) de la Loi, les appelants n'ont pas été arbitrairement détenus contrairement à l'art. 9 de la *Charte*. Il n'y a pas eu non plus de violation du droit des appelants à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. La fouille effectuée satisfaisait aux critères formulés dans l'arrêt *Collins*: elle était autorisée par une règle de droit, cette règle de droit est raisonnable en soi et la fouille a été effectuée d'une manière raisonnable. L'omission du ministère public de présenter d'autres éléments de preuve après la décision défavorable sur le voir-dire — fait qui a nécessairement entraîné un acquittement — est loin de constituer un abus de procédure. La décision sur le voir-dire a pratiquement dénué de tout sens tout autre élément de preuve que le ministère public aurait pu être en mesure de présenter. Étant donné qu'il aurait été absurde de s'attendre à ce que le ministère public poursuive le procès dans ces circonstances, son omission de le faire n'écarte pas la possibilité d'un nouveau procès. Un nouveau procès est justifié en l'espèce. La preuve écartée ainsi que celle déjà au dossier constituent une preuve circonstancielle telle que, si l'erreur n'avait pas été commise et si la preuve écartée avait été admise, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même.

Le juge Major (dissident): Le juge de première instance a eu raison de conclure que l'agent n'avait pas de motifs raisonnables d'interpeller les appelants. Bien que les exigences de l'al. 99(1)f) de la *Loi sur les douanes* ne soient pas rigoureuses, il doit y avoir un lien entre les facteurs sur lesquels l'agent s'appuie et ses soupçons

the appellants' vehicle was stopped, according to the officer, because of its proximity to the border, and the fact that it was a truck with a cellular telephone antenna and a cap on the back. The officer also thought the fact that the vehicle bore a Quebec licence plate was an important consideration. These factors, assessed individually or in concert, do not constitute reasonable grounds to suspect a contravention of the Act. The arbitrary nature of the stop is evidenced by the officer's testimony; he testified twice that he had a choice between the two vehicles found at the intersection, and that he had to stop one or the other. He never explained why the truck was the more likely of the two vehicles to have crossed the border. There is nothing illegal *per se* about crossing the border at an uncontrolled checkpoint. Even if the truck could have been identified as the vehicle which had just crossed the border, there was still nothing to indicate that a violation of the *Customs Act* had occurred. The officer acted on a hunch based on his experience. While experience should not be discounted in evaluating grounds to stop and search a vehicle, allowing police to exercise their considerable powers of detention and arrest based on their experience has the potential to permit *ex post facto* justification of police action. In assessing the officer's experience it should not be overlooked that he believed crossing the border at an uncontrolled border crossing was illegal, which it is not. Because there were no reasonable grounds for the detention of the appellants in this case, they were arbitrarily detained, in contravention of s. 9 of the *Charter*. In addition, the subsequent search was unreasonable and violated s. 8. Finally, the trial judge did not make an error as to the applicable principles of law governing the exclusion of evidence under s. 24(2), nor was his finding that the admission of the evidence would render the trial unfair unreasonable.

Sopinka J.'s reasons were agreed with.

Per Sopinka J. (dissenting): Major J.'s conclusion and reasons were agreed with. However, even if the trial judge erred in excluding the evidence produced by the search of the appellants' vehicle, the appeal should be allowed. In an appeal from an acquittal at trial based on an error of law, the Crown has the duty of satisfying the court that the verdict would not necessarily have been the same if the error had not occurred. In order to satisfy this burden, which is a heavy one, the Crown must show

quant à une infraction à la Loi. En l'espèce, l'agent a affirmé avoir intercepté le véhicule des appelants parce qu'il était à proximité de la frontière et parce qu'il s'agissait d'une camionnette munie d'une antenne de téléphone cellulaire et d'un capot de caisse. L'agent a cru également que la présence d'une plaque d'immatriculation du Québec était un facteur important. Ces facteurs, peu importe qu'on les évalue séparément ou ensemble, ne constituent pas des motifs raisonnables de soupçonner une infraction à la Loi. Le caractère arbitraire de l'interpellation ressort du témoignage de l'agent: il a déclaré deux fois qu'il avait le choix entre les deux véhicules aperçus à l'intersection et qu'il devait intercepter l'un ou l'autre. L'agent n'a jamais expliqué pourquoi la camionnette était, des deux véhicules, le plus susceptible d'avoir traversé la frontière. Il n'y a rien d'illégal en soi à traverser la frontière à un passage non surveillé. Même si la camionnette avait pu être identifiée comme étant le véhicule qui venait de traverser la frontière, il n'y avait toujours rien qui indiquait qu'une infraction à la *Loi sur les douanes* avait été commise. L'agent a agi sur le coup d'une intuition reposant sur son expérience. Bien que l'expérience des policiers ne doive pas être dépréciée dans l'évaluation des motifs d'intercepter et de fouiller un véhicule, permettre aux policiers d'exercer leurs pouvoirs considérables en matière de détention et d'interpellation en se fondant sur cette expérience risque d'ouvrir la porte à des justifications rétrospectives des actions policières. En évaluant l'expérience de l'agent, il ne faut pas oublier qu'il croyait que traverser la frontière à un poste frontalier non surveillé était illégal, ce qui ne l'est pas. Étant donné qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables de détener les appelants en l'espèce, la détention était arbitraire et contrevenait à l'art. 9 de la *Charte*. De plus, la fouille effectuée par la suite était abusive et violait l'art. 8 de la *Charte*. Enfin, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation des principes de droit applicables pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2), et sa conclusion que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable n'était pas non plus déraisonnable.

Il y a accord avec les motifs du juge Sopinka.

Le juge Sopinka (dissent): Il y a accord avec la conclusion et les motifs du juge Major. Cependant, le pourvoi devrait être accueilli même si le juge de première instance a commis une erreur en écartant la preuve obtenue grâce à la fouille du véhicule des appelants. Dans un appel contre un acquittement, fondé sur une erreur de droit commise au procès, le ministère public a l'obligation de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de cette erreur.

that either the excluded evidence or the excluded evidence together with other evidence could reasonably result in a conviction. The court must be persuaded of this to a reasonable degree of certainty. Here, the evidence of the search is the only evidence in the record. This evidence itself could not result in a conviction. The appellants were stopped just minutes after they crossed the border, and as there were no customs offices on the road they were on, it would have been impossible for them to have reported to a customs office before they were stopped.

Cases Cited

By Gonthier J.

Distinguished: *R. v. Montour and Longboat* (1992), 129 N.B.R. (2d) 361; **referred to:** *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouneur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Marin*, [1994] O.J. No. 1280 (QL); *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601.

By Major J. (dissenting)

R. v. Hufsky, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouneur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Montour and Longboat* (1992), 129 N.B.R. (2d) 361, rev'd (1994), 150 N.B.R. (2d) 7, rev'd [1995] 2 S.C.R. 416; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206.

By Sopinka J. (dissenting)

Vézeau v. The Queen, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 11(1), 99(1)(f), 159.

Pour s'acquitter de cette lourde obligation, le ministère public doit établir que la preuve écartée, à elle seule ou considérée avec d'autres éléments de preuve, aurait pu raisonnablement donner lieu à une déclaration de culpabilité. La cour doit être convaincue de cela avec une certitude raisonnable. Dans le présent pourvoi, la preuve résultant de la fouille est la seule preuve au dossier. Cette preuve n'était pas susceptible en soi de donner lieu à une déclaration de culpabilité. Les appelants ont été interceptés quelques minutes seulement après avoir traversé la frontière et, comme il n'y avait pas de bureau de douane sur le chemin qu'ils avaient emprunté, il leur aurait été impossible de se présenter à la douane avant d'être interceptés.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Montour and Longboat* (1992), 129 R.N.-B. (2^e) 361; **arrêts mentionnés:** *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouneur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Marin*, [1994] O.J. No. 1280 (QL); *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Hufsky, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouneur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Montour and Longboat* (1992), 129 R.N.-B. (2^e) 361, inf. par (1994), 150 R.N.-B. (2^e) 7, inf. par [1995] 2 R.C.S. 416; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

Vézeau c. La Reine, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 11(1), 99(1)f), 159.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1995), 157 N.B.R. (2d) 195, 404 A.P.R. 195, 95 C.C.C. (3d) 238, 37 C.R. (4th) 117, overturning the acquittal of the appellants by Harper Prov. Ct. J. (1993), 143 N.B.R. (2d) 64, 366 A.P.R. 64, on charges under the *Customs Act*. Appeal dismissed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

Norville T. Getty, for the appellants.

S. R. Fainstein, Q.C., and *Theodore K. Tax*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — I agree with the conclusion reached by Justice Major and with his reasons. In my opinion, however, even if, as found by the Court of Appeal and Justice Gonthier, the trial judge erred in excluding the evidence produced by the search of the appellants' vehicle, the appeal must be allowed.

In my opinion, the Crown and the majority of the Court of Appeal have misapprehended the obligation of the Crown in an appeal from acquittal based on an error of law at trial.

In an appeal from an acquittal at trial based on an error of law, the Crown has the duty of satisfying the court that the verdict would not necessarily have been the same if the error had not occurred (*Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277). In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374, this Court held that "the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty".

In order to satisfy this burden, the Crown must show that either the excluded evidence or the excluded evidence together with other evidence could reasonably result in a conviction. The court must be persuaded of this to a reasonable degree of certainty.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995), 157 R.N.-B. (2^e) 195, 404 A.P.R. 195, 95 C.C.C. (3d) 238, 37 C.R. (4th) 117, qui a annulé l'acquiescement des appelants prononcé par le juge Harper de la Cour provinciale (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 64, 366 A.P.R. 64, relativement à des accusations portées en vertu de la *Loi sur les douanes*. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Norville T. Getty, pour les appelants.

S. R. Fainstein, c.r., et *Theodore K. Tax*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Je suis d'accord avec la conclusion et les motifs du juge Major. J'estime, cependant, que le pourvoi doit être accueilli même si, comme l'ont conclu la Cour d'appel et le juge Gonthier, le juge de première instance a commis une erreur en écartant la preuve obtenue grâce à la fouille du véhicule des appelants.

À mon avis, le ministère public et la Cour d'appel à la majorité ont mal compris l'obligation qui incombe au ministère public dans un appel contre un acquiescement, fondé sur une erreur de droit commise au procès.

Dans un appel contre un acquiescement, fondé sur une erreur de droit commise au procès, le ministère public a l'obligation de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de cette erreur (*Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277). Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 374, notre Cour a statué que «cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude».

Pour s'acquiescer de cette obligation, le ministère public doit établir que la preuve écartée, à elle seule ou considérée avec d'autres éléments de preuve, aurait pu raisonnablement donner lieu à une déclaration de culpabilité. La cour doit être convaincue de cela avec une certitude raisonnable.

1

2

3

4

5

In this appeal, we have the evidence of the search and no other evidence in the record. What transpired at trial, after the ruling excluding the evidence of the search, is summarized in the following extracts from the trial transcript:

MR. JOHNSON: . . . At this time I would simply advise the Court that we — if — if your decision had been different on your interlocutory judgement or if we had otherwise proceeded with the matter, it would have been my intention to have some more viva voce evidence from Corporal Ed Paquet who was giving evidence at the time we concluded the matter in October and adjourned. It was also my intention to call evidence from Constable Joseph Oliver and it was also my intention to call evidence from Mr. Gary Von Ritchter, who is —

COURT: Well nobody —

MR. JOHNSON: An employee of the —

COURT: Nobody is stopping you from doing that.

MR. JOHNSON: No well I say it was my intention to call those two — or those three, Mr. Von Ritchter being the third from the New Brunswick Liquor Corporation. But in the — light of your decision, I believe it would —

COURT: Their — their evidence, if — if it —

MR. JOHNSON: Be futile to —

COURT: Constable Ward's evidence is the main evidence. If I am correct, then the Crown's rights of detention rise or fall on Constable Ward's testimony. The other testimony would be collateral and really not — not material to — to any court coming to a decision on it I don't think. If I'm wrong of course the other — the other evidence may be of great help but —

MR. JOHNSON: Well in light of the ruling that you have made, Your Honour, what I have as Crown counsel agreed to do at this point is to terminate our case and not call further evidence for the Crown.

6

The evidence of the search alone is insufficient to discharge this burden. While Gonthier J. finds that it meets the standard set by the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), to authorize a

Dans le présent pourvoi, nous ne disposons que de la preuve résultant de la fouille; il n'y a aucun autre élément de preuve au dossier. Ce qui s'est passé au procès, après l'exclusion de la preuve résultant de la fouille, est résumé dans l'extrait suivant de la transcription:

[TRADUCTION]

M. JOHNSON: . . . À ce moment-ci, je tiens simplement à informer la cour que nous — si — si votre jugement interlocutoire avait été différent ou si nous avions procédé d'une autre façon — j'aurais voulu faire réentendre le caporal Ed Paquet qui témoignait au moment où nous avons conclu l'affaire en octobre et procédé à un ajournement. J'avais aussi l'intention d'appeler à la barre l'agent Joseph Oliver ainsi que M. Gary Von Ritchter, qui est —

LA COUR: Eh bien! personne —

M. JOHNSON: Un employé de —

LA COUR: Personne ne vous empêche de le faire.

M. JOHNSON: Non. Eh bien! je dis que c'était mon intention d'appeler à témoigner ces deux — ou trois personnes, la troisième étant M. Von Ritchter de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. Cependant, compte tenu de votre décision, je crois qu'il serait —

LA COUR: Leur — leur témoignage, si — s'il —

M. JOHNSON: Futile de —

LA COUR: La déposition de l'agent Ward est le principal témoignage. Si je ne m'abuse, la question de l'existence des droits de détention de l'État dépend alors du témoignage de l'agent Ward. L'autre témoignage serait incident et je crois qu'il ne serait vraiment pas — pas important — pour un tribunal qui doit rendre une décision à ce sujet. Il est évident que, si j'ai tort, l'autre — l'autre témoignage pourrait être très utile mais —

M. JOHNSON: Eh bien! compte tenu de la décision que vous avez rendue, Votre Honneur, ce que j'ai accepté de faire à ce stade, en tant que substitut du procureur général, c'est de clore notre preuve et de ne plus assigner d'autres témoins à charge.

À elle seule, la preuve qui résulte de la fouille n'est pas suffisante pour que cette obligation soit remplie. Quoique le juge Gonthier conclue qu'elle satisfait au critère que la *Loi sur les douanes*,

search, this is a very low standard. As Gonthier J. states (at para. 14):

Parliament has used language which requires the officer neither to believe on reasonable grounds that there is a possibility of smuggling nor to suspect on reasonable grounds that smuggling is, in fact, taking place. A reasonable suspicion of the possibility of smuggling or even of the possibility of an attempt to do so suffices. [Emphasis added.]

This hardly enables the Court to conclude with a reasonable degree of certainty that based on this evidence the verdict might well result in a conviction.

Apparently, the Court of Appeal did not think so but seemed to be of the view that this was not of concern to them but a matter for the new trial. After referring to s. 11(1), the Chief Justice of New Brunswick states ((1995), 157 N.B.R. (2d) 195, at pp. 208-9):

It is my view that this section does not oblige a person to enter Canada only at manned or open border crossings. If that had been Parliament's intention, it could have been expressed in such terms. Rather, s. 11(1) obliges every person arriving in Canada, with some exceptions that have no application here, to "forthwith present himself at the nearest customs office designated for that purpose that is open for business".

Mr. Jacques and Ms. Mitchell did not have an opportunity to go to the "nearest" open customs office before they were apprehended by Cst. Ward. While this may become relevant in a new trial, it does not determine the issues in this appeal . . . [Emphasis added.]

Counsel for the Crown in this Court was of the same view. When asked how, in the circumstances, the Crown expected to meet the standard, counsel replied:

That is a matter to be determined at the new trial where all the evidence will be heard by a trier of fact.

L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), a établi pour autoriser une fouille, ce critère est très peu exigeant. Comme l'affirme le juge Gonthier (au par. 14):

Le législateur a utilisé des termes qui n'exigent pas que l'agent croie, pour des motifs raisonnables, qu'il existe une possibilité de contrebande ni qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'on se livre effectivement à la contrebande. Il suffit que l'agent soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il existe une possibilité de contrebande ou même une possibilité de tentative de contrebande. [Je souligne.]

Cela ne permet guère à notre Cour de conclure avec une certitude raisonnable que, compte tenu de cette preuve, le verdict aurait bien pu être un verdict de culpabilité.

Ce n'était apparemment pas l'opinion de la Cour d'appel car elle a semblé croire qu'il s'agissait non pas d'une question à laquelle elle devait s'intéresser, mais plutôt d'une question à trancher au cours d'un nouveau procès. Après avoir parlé du par. 11(1), le juge en chef du Nouveau-Brunswick affirme ((1995), 157 R.N.-B. (2^e) 195, aux pp. 208 et 209):

[TRADUCTION] Selon moi, le paragraphe précité n'oblige pas une personne à n'entrer au Canada que par un passage frontalier surveillé ou ouvert. Si cela avait été l'intention du Parlement, cette disposition aurait pu être libellée en conséquence. Le par. 11(1) oblige plutôt toute personne arrivant au Canada, sous réserve d'exceptions qui n'ont aucune application en l'espèce, à «se présenter aussitôt au plus proche bureau de douane, doté des attributions prévues à cet effet, qui soit ouvert».

M. Jacques et M^{me} Mitchell n'ont pas eu l'occasion de se présenter «au plus proche» bureau de douane avant d'être appréhendés par l'agent Ward. Bien que cette question puisse devenir pertinente lors d'un nouveau procès, elle ne règle pas les questions soulevées ici . . . [Je souligne.]

Devant notre Cour, le substitut du procureur général était du même avis. Lorsqu'on lui a demandé comment le ministère public comptait, dans les circonstances, satisfaire à ce critère, il a répondu:

[TRADUCTION] C'est une question qu'il faudra trancher lors du nouveau procès au cours duquel un juge des faits entendra la preuve au complet.

As observed by the Chief Justice of New Brunswick, the evidence of the search itself could not result in a conviction. The appellants were stopped just minutes after they crossed the border. As there were no customs offices on Brown Road, it would have been impossible for the appellants to have reported to a customs office before they were stopped by Constable Ward. As a result, apart from the evidence of the search, we have nothing to indicate what the evidence is that the Crown could adduce at a new trial other than the names of several witnesses. The Crown has therefore failed to discharge its duty as required by *Vézeau*.

9 This requirement is quite separate from and unaffected by what was said in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, to which my colleague Gonthier J. makes reference. Quite apart from the Crown's obligation arising from *Vézeau*, if the Crown shuts down its case in order to test an adverse ruling by the trial judge, it may be precluded from appealing if such conduct amounts to an abuse of process. In these circumstances, the Crown is disqualified from appealing. This does not mean, however, that if the Crown does not adduce evidence but no abuse of process is made out, the Crown is relieved of its obligation under *Vézeau*. Accordingly, it is insufficient for my colleague Gonthier J. to dispose of this point on the basis that there was no abuse of process. It is necessary to explain how the Crown has discharged its duty under *Vézeau*.

10 Since writing the above, Gonthier J. has amended his reasons to deal with the application of *Vézeau*. I can find no evidence in the record that together with the excluded evidence could reasonably result in a conviction.

11 I would dispose of the appeal as proposed by Major J.

Comme l'a fait remarquer le Juge en chef du Nouveau-Brunswick, la preuve résultant de la fouille n'était pas susceptible en soi de donner lieu à une déclaration de culpabilité. Les appelants ont été interceptés quelques minutes seulement après avoir traversé la frontière. Comme il n'y avait pas de bureau de douane sur le chemin Brown, il aurait été impossible pour les appelants de se présenter à la douane avant d'être interceptés par l'agent Ward. En conséquence, à l'exception de la preuve résultant de la fouille, rien n'indique quels éléments de preuve le ministère public pourrait présenter lors d'un nouveau procès, outre les noms de plusieurs témoins. Le ministère public ne s'est donc pas acquitté de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'arrêt *Vézeau*.

Les propos tenus dans l'arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, que mentionne mon collègue le juge Gonthier, n'ont absolument rien à voir avec cette exigence et n'y changent rien. Indépendamment de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'arrêt *Vézeau*, s'il clôt sa preuve pour contester une décision défavorable du juge de première instance, il peut devenir impossible pour le ministère public d'interjeter appel si sa conduite équivaut à un abus de procédure. Dans ces circonstances, le ministère public perd son droit d'appel. Cependant, cela ne signifie pas que le ministère public est dégagé de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'arrêt *Vézeau*, s'il ne présente pas de preuve, sans toutefois que l'existence d'un abus de procédure ne soit établie. En conséquence, il ne suffit pas à mon collègue le juge Gonthier d'affirmer, pour trancher ce point, qu'il n'y a eu aucun abus de procédure. Il est nécessaire d'expliquer comment le ministère public s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'arrêt *Vézeau*.

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, le juge Gonthier a modifié ses motifs afin de traiter de l'application de l'arrêt *Vézeau*. Je ne puis voir aucune preuve au dossier qui, avec la preuve écartée, aurait pu raisonnablement entraîner une déclaration de culpabilité.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Major.

The judgment of Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

GONTHIER J. — I have had the benefit of reading the reasons of my brother, Justice Major, but I am unable to agree with him that Constable Ward, the RCMP officer who stopped the appellants, lacked reasonable grounds to do so under the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and that they were therefore arbitrarily detained and subjected to an unreasonable search and seizure in contravention of ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It follows that I would dismiss the appeal.

I agree, generally, with my colleague's recitation of the facts. With respect to the officer's use of the phrase "illegal entry" in relation to the report he received from the U.S. Border Patrol, I note that the trial judge also used this expression in reference to border crossings. I take it that in both cases, the term "illegal entry" was used merely as the vernacular for a crossing at an unstaffed port of entry. I give no weight to its use.

The analysis of this case necessarily focuses on the *Customs Act*, specifically s. 99(1)(f), which authorizes the stop and search of a vehicle (or other conveyance) where an officer suspects on reasonable grounds that the vehicle is or might be involved in a breach of the Act. A breach of the Act includes an attempt, which is defined as an offence in s. 159. With respect to the words "might be" in s. 99(1)(f), I agree with my colleague that they refer to the possibility that an offence is taking place. Scanning s. 99(1)(f) reveals, therefore, that police are authorized to stop and search a vehicle once an officer has formed a reasonable suspicion that there is a possibility that the vehicle is being used to smuggle or to attempt to smuggle contrary to the *Customs Act* or regulations thereunder. Parliament has used language which requires the officer neither to believe on reasonable grounds that there is a possibility of smuggling nor to suspect on reasonable grounds that smuggling is, in

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE GONTHIER — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Major, mais je ne puis convenir avec lui que l'agent Ward, de la GRC, qui a interpellé les appelants, n'avait pas de motifs raisonnables de le faire en vertu de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), et que les appelants ont donc été détenus arbitrairement et soumis à une fouille et à une saisie abusives en contravention des art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'ensuit que je rejetterais le pourvoi.

Dans l'ensemble, je suis d'accord avec l'exposé des faits de mon collègue. En ce qui concerne l'expression [TRADUCTION] «entrée illégale» utilisée par l'agent relativement au rapport qu'il avait reçu de la patrouille frontalière américaine, je souligne que le juge de première instance a aussi utilisé cette expression relativement aux passages frontaliers. À mon avis, l'expression [TRADUCTION] «entrée illégale» est simplement une expression usuelle qui a été utilisée dans les deux cas pour désigner le passage à un point d'entrée non surveillé. Je n'accorde aucune importance à son utilisation.

L'analyse du présent pourvoi porte nécessairement sur la *Loi sur les douanes* et plus précisément sur son al. 99(1)f) qui permet à un agent d'intercepter et de fouiller un véhicule (ou un autre moyen de transport) s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, que ce véhicule sert ou pourrait servir à violer la Loi. Une violation de la Loi comprend une tentative au sens de l'art. 159. En ce qui concerne l'expression «pourraient donner lieu» utilisée à l'al. 99(1)f), je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'elle désigne la possibilité qu'une infraction soit commise. En conséquence, il ressort, à la lecture de l'al. 99(1)f), qu'un policier est autorisé à intercepter et à fouiller un véhicule s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il se peut que ce véhicule soit utilisé pour introduire ou tenter d'introduire en fraude des marchandises contrairement à la *Loi sur les douanes* ou à son règlement d'application. Le législateur a utilisé des termes qui n'exigent pas que l'agent croie, pour

12

13

14

fact, taking place. A reasonable suspicion of the possibility of smuggling or even of the possibility of an attempt to do so suffices.

des motifs raisonnables, qu'il existe une possibilité de contrebande ni qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'on se livre effectivement à la contrebande. Il suffit que l'agent soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il existe une possibilité de contrebande ou même une possibilité de tentative de contrebande.

15 That this threshold is not stringent, and indeed is lower than that prescribed by other statutes authorizing stops or searches in different circumstances, is eminently understandable. Canada shares a long and undefended border with the United States with many points of entry, a significant number of which are or may be unstaffed at any given time. The border facilitates not only legitimate commerce between the nations but also, unfortunately, the smuggling of liquor, narcotics, weapons or other contraband. The state has a pressing interest in protecting its borders.

On comprend parfaitement pourquoi ce critère préliminaire n'est pas strict et, en fait, qu'il l'est moins que celui prescrit par d'autres lois autorisant l'interception ou la fouille ou perquisition dans diverses circonstances. Le Canada partage avec les États-Unis une longue frontière non défendue qui comporte de nombreux points d'entrée, dont bon nombre ne sont pas surveillés ou peuvent ne pas l'être à un moment donné. La frontière facilite non seulement le commerce légitime entre les deux pays, mais aussi malheureusement la contrebande de boissons alcoolisées, de stupéfiants, d'armes ou d'autres articles. L'État a un intérêt urgent à protéger ses frontières.

16 This legitimate interest of the state is reflected in the scheme and substance of the *Customs Act*, notably Parts II and VI concerning importation and enforcement respectively. The Act grants peace officers wide powers to search persons, vehicles and goods and provides for seizure and forfeiture. The Act also recognizes that persons and goods can arrive in Canada by a variety of means and through one of many ports of entry. Points of entry are, of course, not restricted to points along the territorial limits of Canada. The concept of a border is broader than mere geographic boundaries and necessarily, so too is the scope of the Act. Persons, vehicles and goods can arrive in Canada for customs purposes and be subject to the Act even though they are already well inside Canadian territory.

L'économie et le contenu de la *Loi sur les douanes* traduisent cet intérêt légitime de l'État, notamment les parties II et VI consacrées, respectivement, à l'importation et au contrôle d'application. La Loi confère aux agents de la paix de vastes pouvoirs en matière de fouilles et de perquisitions relativement à des personnes, véhicules et marchandises, et prévoit aussi qu'il peut y avoir saisie et confiscation. La Loi reconnaît également que des personnes et des marchandises peuvent arriver au Canada de diverses façons, à l'un des nombreux points d'entrée. Ces points d'entrée ne sont manifestement pas restreints aux points situés le long des limites territoriales du Canada. Le concept de frontière englobe davantage que les simples limites géographiques, et il en est nécessairement de même du champ d'application de la Loi. Des personnes, des véhicules et des marchandises peuvent arriver au Canada pour fins douanières et être assujettis à la Loi même s'ils sont déjà bien à l'intérieur du territoire canadien.

17 The standard set by s. 99(1)(f) is not stringent but it is not illusory. It has not been argued, and I do not suggest, that s. 99(1)(f) of the Act authorizes an officer to conduct random stops of vehi-

Le critère établi par l'al. 99(1)f) n'est pas strict, mais il n'est pas illusoire non plus. On n'a pas soutenu, et je ne le laisse pas entendre non plus, que l'al. 99(1)f) de la Loi autorise un agent à intercep-

cles merely because they are in the vicinity of the border and on no other basis. Nonetheless, being at or in the vicinity of the border is relevant to the application of enforcement measures under the Act.

The unique context that border crossings present was recognized by this Court in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Dickson C.J., writing for the majority, said (at p. 528):

National self-protection becomes a compelling component in the calculus.

I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries.

Travellers arriving in Canada, whether at an airport or through any other point of entry, expect, if they do not relish, routine questioning and inspection. It is not surprising, therefore, that the appellant Jacques in the instant appeal answered Constable Ward's questions about where he had come from and what goods he was carrying just as he would have, had he been questioned at the point of entry three minutes' drive away.

In *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, Iacobucci J. observed, at p. 1072:

... at a border the state has an interest in controlling entry into the country. Individuals expect to undergo questioning with respect to their entry into Canada whether that be in the immigration or customs context. These interests and expectations dictate that examination of a person for purposes of entry must be analyzed differently from the questioning of a person within Canada.

This passage from Iacobucci J. highlights the need for a contextual approach, which, in *Dehghani* and in the instant appeal, recognizes the

ter au hasard des véhicules simplement et uniquement parce qu'ils se trouvent à proximité de la frontière. Néanmoins, le fait de se trouver sur la frontière ou à proximité de celle-ci est pertinent quant aux mesures d'application prévues par la Loi.

Dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, notre Cour a reconnu le contexte particulier des passages frontaliers. Le juge en chef Dickson y affirme, au nom de la majorité, à la p. 528:

La nécessité d'assurer sa propre protection devient un élément déterminant du calcul effectué.

J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire.

Les voyageurs qui arrivent au Canada, que ce soit à un aéroport ou à un autre point d'entrée, s'attendent, même si cela ne leur sourit guère, à faire l'objet d'un interrogatoire et d'une inspection systématiques. Il n'est donc pas étonnant que l'appellant Jacques ait, en l'espèce, répondu aux questions de l'agent Ward au sujet de l'endroit d'où il venait et des marchandises qu'il transportait tout comme il l'aurait fait s'il avait été interrogé au point d'entrée situé à trois minutes de là.

Dans l'arrêt *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, le juge Iacobucci fait remarquer, à la p. 1072:

... à la frontière l'État a intérêt à contrôler l'admission au pays. Les gens s'attendent à subir un interrogatoire concernant leur admission au Canada, et ce, tant dans un contexte d'immigration que dans un contexte de douane. À cause de ces intérêts et de ces attentes, l'interrogatoire d'une personne aux fins de son admission doit être analysé différemment de l'interrogatoire d'une personne qui se trouve au Canada.

Cet extrait des motifs du juge Iacobucci fait ressortir la nécessité d'une analyse contextuelle qui, dans l'arrêt *Dehghani* et le présent pourvoi, recon-

18

19

20

significance of the border situation. Contextual analysis of *Charter* rights and freedoms is well established in this Court. As L'Heureux-Dubé J. observed, concurring, in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, at pp. 304-6, in which the appellant challenged the admissibility of breathalyser evidence under s. 8 of the *Charter*:

Even under the *Charter*, “reasonable and probable grounds” can mean different things in different contexts. This Court has previously referred to the standard of “reasonable and probable grounds” as one of “credibly-based probability”: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 167; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 446, and, on another occasion, of “reasonable probability” or “reasonable belief”: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1166 (*per* Wilson J.). These different formulations are, themselves, unhelpful for the purpose of deciding what “reasonable and probable grounds” mean in the case at bar. What is more important is an examination of the context in which that phrase, and the values underlying that phrase, arise.

Notably, this Court has recognized on numerous occasions that what constitutes “reasonableness” and what constitutes a “reasonable expectation of privacy” may vary from one context to the other, depending upon the competing considerations at the heart of the issue: *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 155; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 526-28. “[T]he standard of review of what is ‘reasonable’ in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful”: *McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, at p. 645 (*per* Wilson J.). [Emphasis added.]

naît l'importance de la situation frontalière. L'analyse contextuelle des droits et libertés garantis par la *Charte* est une pratique bien établie devant notre Cour. Comme l'a fait remarquer le juge L'Heureux-Dubé dans des motifs concordants, dans l'affaire *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, aux pp. 304 à 306, où l'appellant se fondait sur l'art. 8 de la *Charte* pour contester l'admissibilité de la preuve obtenue par alcootest:

Même en vertu de la *Charte*, l'existence de «motifs raisonnables» peut vouloir dire différentes choses dans différents contextes. Notre Cour a déjà affirmé que la norme des «motifs raisonnables» est celle de la «probabilité fondée sur la crédibilité»: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 167; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 446, et, à une autre occasion, elle a parlé de «probabilité raisonnable» ou de «croyance raisonnable»: *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1166 (le juge Wilson). Ces différentes formulations sont en soi peu utiles à l'interprétation de l'expression «motifs raisonnables» dans notre cas. Il importe davantage d'examiner le contexte dans lequel cette expression est employée ainsi que les valeurs qui la sous-tendent.

Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, il ne faut pas l'oublier, que ce qui est «raisonnable» et le fait «de s'attendre raisonnablement à la protection de la vie privée» peuvent varier d'un contexte à l'autre, selon le choc des considérations au cœur d'un litige donné: *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 155; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, aux pp. 526 à 528. «[L]a norme d'examen de ce qui est «raisonnable» dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens»: *McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la p. 645 (le juge Wilson). [Je souligne.]

21

It is against this backdrop that the language of s. 99(1)(f) of the *Customs Act* must be understood and the actions of the police officer who stopped and searched the appellants' vehicle weighed. In reaching the conclusion that the appellants' ss. 8 and 9 rights were violated, the trial judge erred in placing the case in the context of arbitrary vehicle checks of the kind considered by this Court in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257. Although an analogy may be drawn between these cases and the instant appeal to the extent that in each the state's compel-

C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter le texte de l'al. 99(1)f) de la *Loi sur les douanes* et évaluer les actions du policier qui a intercepté et fouillé le véhicule des appelants. En concluant à la violation des droits garantis aux appelants par les art. 8 et 9, le juge de première instance a commis une erreur en situant l'affaire dans le contexte des vérifications arbitraires de véhicules du genre de celles examinées par notre Cour dans *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257. Même s'il est possible d'établir une analogie entre ces affaires et le présent pourvoi

ling interest either in highway safety and compliance in the case of the former, or in sovereignty, in the case of the latter, is relevant in the constitutional calculus, the random stop cases do not govern this appeal. Section 99(1)(f) of the *Customs Act* does and the trial judge erred by overlooking it.

Having failed to refer explicitly to s. 99(1)(f) of the Act, the trial judge further erred by overstating the necessary grounds for the officer's actions. Section 99(1)(f) authorized the detention and search of the appellants' vehicle on the basis of reasonable suspicion of smuggling or an attempt thereto. However, with respect to the officer's observation of bags bearing the name "Wal-Mart", Harper Prov. Ct. J. said ((1993), 143 N.B.R. (2d) 64, at p. 75), "such a statement, without more, is hardly evidence supporting any probability of illegal smuggling", and at the end of the same paragraph, referring to the officer's evidence that he saw liquor boxes and U.S. department store items, the trial judge said, "[the evidence] is hardly more helpful to a court attempting to decide whether such statements without more indicate the probable presence of smuggled goods" (emphasis added).

This passage, notably the repeated references to evidence "without more", demonstrates another problem with the trial judge's analysis. In assessing the officer's actions, Harper Prov. Ct. J. adopted a dissecting approach to evidence when, instead, he should have measured the totality of the circumstances.

A sound approach to the assessment of evidence was canvassed by Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, albeit in a different context, one in which the officer lacked statutory authority unlike in the present case. In determining whether or not a

dans la mesure où l'intérêt déterminant de l'État, que ce soit dans la sécurité routière et le respect du code de la route comme dans le premier cas, ou dans la souveraineté comme dans le deuxième, est pertinent dans le calcul constitutionnel, les décisions relatives aux interceptions au hasard ne s'appliquent pas en l'espèce. C'est l'al. 99(1)f) de la *Loi sur les douanes* qui s'applique et le juge de première instance a commis une erreur en n'en tenant pas compte.

Puisqu'il a omis de se reporter explicitement à l'al. 99(1)f) de la Loi, le juge de première instance a commis une autre erreur en étant trop exigeant quant aux motifs que devait avoir l'agent pour agir. L'alinéa 99(1)f) autorisait l'agent à retenir et à fouiller le véhicule des appelants s'il soupçonnait, pour des motifs raisonnables, qu'ils se livraient à la contrebande ou tentaient de le faire. Cependant, en ce qui concerne les sacs du magasin «Wal-Mart» que l'agent a remarqués, le juge Harper de la Cour provinciale a affirmé ((1993), 143 R.N.-B. (2^e) 64, à la p. 75): [TRADUCTION] «une telle déclaration, sans plus, ne constitue guère une preuve étayant une quelconque probabilité de contrebande»; et plus loin à la fin du même paragraphe, au sujet de la déposition de l'agent selon laquelle il avait aperçu des boîtes de boissons alcoolisées et des articles de magasins à rayons américains, le juge de première instance a affirmé: [TRADUCTION] «[cette preuve] est à peine plus utile à un tribunal qui tente de déterminer si ces déclarations sans plus indiquent la présence probable de marchandises de contrebande» (je souligne).

Ce passage et notamment les mentions répétées d'une preuve «sans plus» révèlent l'existence d'un autre problème dans l'analyse du juge de première instance. En examinant les actions de l'agent, le juge Harper a étudié chaque élément de preuve séparément alors qu'il aurait dû évaluer l'ensemble des circonstances.

Dans l'arrêt *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario a examiné comment il fallait procéder à l'appréciation de la preuve, quoique dans un contexte différent où l'agent n'avait pas le pouvoir légal d'agir, contrairement à la situation en l'espèce.

22

23

24

police officer's detention of a vehicle and its driver and passenger could be authorized by common law in the absence of statutory authority, Doherty J.A. reviewed U.S. jurisprudence on the doctrine of articulable cause and stated (at p. 202): "These cases require a constellation of objectively discernible facts which give the detaining officer reasonable cause to suspect that the detainee is criminally implicated in the activity under investigation."

Pour déterminer si un policier pouvait, en vertu de la common law, retenir un véhicule et en détenir le conducteur et le passager en l'absence d'une autorisation légale, le juge Doherty a examiné la jurisprudence américaine sur la règle du motif précis et a affirmé (à la p. 202): [TRADUCTION] «Ces décisions exigent un ensemble de faits objectivement discernables qui donnent à l'agent qui exerce la détention un motif raisonnable de soupçonner que la personne détenue est criminellement impliquée dans l'activité faisant l'objet de l'enquête.»

25 Viewing the facts and circumstances as a whole, rather than isolating each in turn, is an approach which commends itself beyond the fact situation in *Simpson*. As Belleghem J. observed in *R. v. Marin*, [1994] O.J. No. 1280 (Gen. Div.), with respect to the facts (or "indicators") warranting a detention and search for narcotics under the *Customs Act* (at para. 16):

L'examen des faits et des circonstances de façon globale plutôt que séparément à tour de rôle est à recommander indépendamment de la situation factuelle dans l'affaire *Simpson*. Comme le juge Belleghem l'a fait remarquer dans *R. c. Marin*, [1994] O.J. No. 1280 (Div. gén.), relativement aux faits (ou «indicateurs») justifiant une rétention et une fouille ou perquisition en vue de trouver des stupéfiants en vertu de la *Loi sur les douanes* (au par. 16):

The "indicators" are to be seen as a constellation, or cluster, leading or tending to a general conclusion. Looked at individually no single one is likely sufficient to warrant the grounds for the detention and seizure. The whole is greater than the sum of the individual parts viewed individually.

[TRADUCTION] Il faut considérer les «indicateurs» comme un ensemble qui mène ou concourt à une conclusion générale. Aucun indicateur pris isolément n'est vraisemblablement suffisant pour justifier la rétention et la saisie. L'ensemble est plus grand que la somme de chacune des parties prises individuellement.

26 Turning to the facts in the present appeal, I recall Hoyt C.J.N.B.'s succinct summary in the Court of Appeal ((1995), 157 N.B.R. (2d) 195, at pp. 205-6):

En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, je reprends le résumé succinct du juge en chef Hoyt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ((1995), 157 R.N.-B. (2^e) 195, aux pp. 205 et 206):

Three minutes before stopping Mr. Jacques' vehicle, Cst. Ward had received precise and reliable information of a single vehicle entry into Canada at an unmanned border point on a secondary paved road in a rural area. He went to the mouth of the road leading from the border where, calling on his experience of three years of police work in the area, he found a vehicle that, in his opinion, did not fit into the surroundings. He came to that conclusion after observing a covered half-ton truck with a cellular phone antenna and, more significantly, with no front licence plate, a requirement for New Brunswick vehicles, and an out-of-province plate at the rear of the vehicle. In such circumstances, in my opinion, Cst. Ward's actions were not arbitrary and he was

[TRADUCTION] Trois minutes avant d'intercepter le véhicule de M. Jacques, l'agent Ward avait reçu des renseignements précis et fiables selon lesquels un véhicule était entré au Canada en utilisant un passage frontalier non surveillé se trouvant sur une route secondaire asphaltée d'une région rurale. Il s'est rendu au bout de la route provenant de la frontière où, faisant appel à ses trois années d'expérience de travail policier dans la région, il a aperçu un véhicule qui lui paraissait louche. Il est arrivé à cette conclusion après avoir observé une camionnette munie d'une antenne de téléphone cellulaire et, ce qui est plus important, sans plaque d'immatriculation à l'avant, ce qui est requis pour les véhicules du Nouveau-Brunswick. Ce véhicule avait une plaque d'immatriculation d'une autre province à l'arrière. J'estime que, dans ces circonstances, les actions de l'agent

acting on reasonable grounds when he stopped and searched Mr. Jacques' vehicle.

The three-minute time span is particularly important because not only did Constable Ward receive the information of a single vehicle entry into Canada three minutes before stopping the appellants' car, but also Constable Ward estimated that at the point he stopped the appellants' vehicle, it was three minutes' drive from the border.

To the extent that the officer's experience is relevant in the circumstances, it is noteworthy that at the time of trial, Constable Ward had been employed by the RCMP for three-and-a-half years and that the senior officer, in charge of the Customs and Excise Section in Woodstock, which covers the Perth-Andover detachment where Constable Ward was based, was also an RCMP officer. The senior officer testified that the double garage in the RCMP's office had been renovated to seal off one bay as a bondroom to accommodate the quantity of items seized. This evidence suggests no dearth of customs investigations.

The circumstances of this case are very different than those of *R. v. Montour and Longboat* (1992), 129 N.B.R. (2d) 361 (Prov. Ct.), in which the officer had "no particular reason for stopping [the] vehicle" (p. 365). It is significant that in *Montour and Longboat*, the officer did not purport to proceed under s. 99(1)(f) of the Act. He conducted an arbitrary check of the vehicle and found contraband tobacco; however, the detention exceeded the purposes justified in *Hufsky*, *supra*, and *Ladouceur*, *supra*, and the evidence was excluded.

This Court's decision in *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291, a companion case to *Ladouceur*, *supra*, is more apropos to the instant appeal than *Montour and Longboat*, *supra*. In describing the circumstance of the detention of a motor vehicle by a floating checkpoint, Cory J. said (at p. 1297):

Ward n'étaient pas arbitraires et qu'il avait des motifs raisonnables d'intercepter et de fouiller le véhicule de M. Jacques.

Ce délai de trois minutes est particulièrement important non seulement parce que l'agent Ward avait reçu des renseignements selon lesquels un véhicule était entré au Canada trois minutes avant d'intercepter la voiture des appelants, mais aussi parce qu'il a estimé que le lieu où il a intercepté le véhicule des appelants se trouvait à trois minutes de la frontière.

Dans la mesure où l'expérience de l'agent est pertinente dans les circonstances, il convient de noter qu'au moment du procès l'agent Ward était au service de la GRC depuis trois ans et demi, et que l'agent supérieur responsable de la Section des douanes et de l'accise à Woodstock, qui inclut le détachement de Perth-Andover où était affecté l'agent Ward, était aussi un agent de la GRC. L'agent supérieur a témoigné que le garage double du bureau de la GRC avait été rénové pour en fermer un segment qui servirait de local sous douane où seraient entreposés le grand nombre d'articles saisis. Ce témoignage laisse entendre que les enquêtes douanières n'ont pas manqué.

Les circonstances de la présente affaire sont fort différentes de celles de l'arrêt *R. c. Montour and Longboat* (1992), 129 R.N.-B. (2^e) 361 (C. prov.), dans laquelle l'agent n'avait pas [TRADUCTION] «de raison précise d'intercepter le véhicule» (p. 365). Il importe de signaler que, dans cette affaire, l'agent n'avait pas prétendu agir en vertu de l'al. 99(1)f) de la Loi. Il avait effectué une vérification arbitraire du véhicule et y avait trouvé du tabac de contrebande; cependant, la rétention avait excédé les fins justifiées dans les arrêts *Hufsky* et *Ladouceur*, précités, et la preuve avait été écartée.

L'arrêt de notre Cour *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291, connexe à *Ladouceur*, précité, est plus pertinent en l'espèce que l'affaire *Montour and Longboat*, précitée. En décrivant les circonstances ayant entouré la rétention d'un véhicule à moteur lors d'un contrôle routier effectué à un poste de contrôle mobile, le juge Cory affirme, à la p. 1297:

27

28

29

... the stopping of the appellant was not random, but was based on the fact that the appellant was driving away from a hotel shortly after the closing time for the bar and that the vehicle and its occupants were unknown to the police officer. While these facts might not form grounds for stopping a vehicle in downtown Edmonton or Toronto, they merit consideration in the setting of a rural community. In a case such as this, where the police offer grounds for stopping a motorist that are reasonable and can be clearly expressed (the articulable cause referred to in the American authorities), the stop should not be regarded as random. As a result, although the appellant was detained, the detention was not arbitrary in this case and the stop did not violate s. 9 of the *Charter*.

In *Wilson*, there was arguably less information on which the officer could justify detention of the motor vehicle than in the present appeal. Nonetheless, the facts, when viewed in their entirety, justified the detention.

30 In the instant appeal, the precise and reliable information relayed to the officer, the location of the appellants' vehicle and his observations of it amply satisfied the requirements for detention and search under s. 99(1)(f) of the Act. It follows that the appellants were not arbitrarily detained contrary to s. 9 of the *Charter*.

31 The circumstances which permitted the stop also permitted the search of the appellants' vehicle. Constable Ward's search met the criteria set out by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265: it was authorized by law, namely s. 99(1)(f) of the Act; that law is itself reasonable as I have previously elaborated; and the search was carried out in a reasonable manner. On this third point, I can add nothing to the summary in the court below (at p. 207):

Cst. Ward's actions amounted to a cursory search of the truck and its contents sufficient to confirm his suspicions. The circumstances of the search themselves do not indicate that it was unreasonable. Cst. Ward was not abusive or overbearing. Although Cst. Ward could have

... l'interpellation de l'appellant n'a pas été effectuée au hasard, mais était fondée sur le fait que l'appellant roulait en provenance d'un hôtel peu après l'heure de fermeture des bars et que l'agent de police ne connaissait ni le véhicule ni ses occupants. Bien que ces faits ne puissent pas constituer des motifs pour intercepter un véhicule dans le centre-ville d'Edmonton ou de Toronto, ils méritent d'être considérés dans le contexte d'une communauté rurale. Dans un cas comme celui-ci, lorsque la police présente des motifs d'interpeller un automobiliste qui sont raisonnables et qui peuvent être exprimés clairement (le motif précis dont parle la jurisprudence américaine), l'interpellation ne devrait pas être considérée comme ayant été effectuée au hasard. Par conséquent, bien que l'appellant ait été détenu, la détention n'était pas arbitraire en l'espèce et l'interpellation n'a pas violé l'art. 9 de la *Charte*.

On peut soutenir que, dans l'affaire *Wilson*, l'agent avait moins de renseignements susceptibles de justifier la rétention du véhicule à moteur que dans la présente affaire. Néanmoins, les faits, dans l'ensemble, justifiaient la rétention.

En l'espèce, les renseignements précis et fiables communiqués à l'agent, l'endroit où se trouvait le véhicule des appelants et l'observation qu'en a faite l'agent satisfaisaient amplement aux exigences en matière de rétention et de fouille prescrites à l'al. 99(1)f) de la Loi. Il s'ensuit que les appelants n'ont pas été arbitrairement détenus contrairement à l'art. 9 de la *Charte*.

Les circonstances qui permettaient d'effectuer l'interpellation permettaient également de procéder à la fouille du véhicule des appelants. La fouille effectuée par l'agent Ward satisfaisait aux critères formulés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265: elle était autorisée par une règle de droit, à savoir l'al. 99(1)f) de la Loi, cette règle de droit est raisonnable en soi comme je l'ai déjà expliqué, et la fouille a été effectuée d'une manière raisonnable. En ce qui concerne ce troisième point, je ne puis rien ajouter au sommaire de la cour d'appel (à la p. 207):

[TRADUCTION] Les actions de l'agent Ward équivalaient à une fouille superficielle de la camionnette et de son contenu, suffisante pour confirmer ses soupçons. Les circonstances proprement dites de la fouille n'indiquent pas qu'elle a été pratiquée de manière abusive. L'agent

searched the truck in any event, he sought and received Mr. Jacques' permission to do so. He disturbed the contents of the truck only slightly and sufficiently to confirm his suspicions that an offence may have occurred.

The appellants' right to be secure against unreasonable search and seizure was not violated. The appeal also fails on this ground.

Having concluded that there was no violation of the appellants' rights under ss. 8 and 9 of the *Charter*, I would dismiss the appeal. However, it is necessary to address first the failure of the Crown to adduce further evidence after the *voir dire* ruling, thereby necessitating an acquittal. The relevant jurisprudence was canvassed in this Court's decision in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, concerning an appeal from a directed verdict of acquittal where the Crown, upon receiving an adverse interlocutory ruling, declined to introduce any other evidence. Writing for the majority, L'Heureux-Dubé J. stated (at p. 615):

I, therefore, conclude that, in criminal cases, courts have a residual discretion to remedy an abuse of the court's process but only in the "clearest of cases", which, in my view, amounts to conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention.

The Crown's actions in the instant appeal fall far short of an abuse of process. According to the trial transcript, the other evidence which the Crown declined to adduce consisted of further police testimony, the expert evidence of a technician who analyzed the contents of the seized bottles to confirm the presence of alcohol and the evidence of the head of purchasing of the New Brunswick Liquor Control Commission to establish that the seized bottles were not sold in the province. The trial judge's ruling on the *voir dire*, however, rendered virtually meaningless any other evidence which the Crown might have been in a position to

Ward n'a pas été abusif ou arrogant. Même s'il pouvait, en tout état de cause, effectuer la fouille de la camionnette, il en a demandé la permission à M. Jacques, qui la lui a accordée. Il n'a déplacé que légèrement le contenu du véhicule, juste assez pour pouvoir confirmer ses soupçons de la perpétration possible d'une infraction.

Il n'y a pas eu de violation du droit des appelants à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Le pourvoi échoue aussi relativement à ce moyen.

Puisque j'ai conclu qu'il n'y avait eu aucune violation des droits garantis aux appelants par les art. 8 et 9 de la *Charte*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cependant, il me faut examiner au préalable l'omission du ministère public de présenter d'autres éléments de preuve après la décision sur le voir-dire, fait qui a nécessairement entraîné un acquittement. Notre Cour a examiné la jurisprudence pertinente dans l'arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, rendu relativement à un pourvoi contre un verdict imposé d'acquittement dans lequel le ministère public avait refusé de présenter d'autres éléments de preuve, après avoir fait l'objet d'une décision interlocutoire défavorable. S'exprimant au nom de la majorité, le juge L'Heureux-Dubé affirme, à la p. 615:

Je conclus, par conséquent, que, dans les affaires criminelles, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remédier à un abus de la procédure de la cour, mais uniquement dans les «cas les plus manifestes», ce qui, à mon avis, signifie un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux.

Les actions du ministère public en l'espèce sont loin de constituer un abus de procédure. D'après la transcription du procès, les autres éléments de preuve que le ministère public a refusé de présenter comprenaient d'autres témoignages de policiers, le témoignage d'expert d'un technicien qui a analysé le contenu des bouteilles saisies pour confirmer la présence d'alcool, ainsi que le témoignage du responsable des achats de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick qui a établi que les bouteilles saisies n'étaient pas vendues dans cette province. Cependant, la décision du juge de première instance sur le voir-dire a pratiquement

call and particularly that of the technician and the Liquor Control Commission official. It would be absurd to expect the Crown to have proceeded with the trial under those circumstances. Its failure to do so does not affect the availability of a new trial.

dénué de tout sens tout autre élément de preuve que le ministère public aurait pu être en mesure de présenter, notamment le témoignage du technicien et celui du fonctionnaire de la Société des alcools. Il serait absurde de s'attendre à ce que le ministère public poursuive le procès dans ces circonstances. Son omission de le faire n'écarte pas la possibilité d'un nouveau procès.

33 I have found that although the appellants were detained, their detention was not arbitrary and although their vehicle was searched, the search was not unreasonable. Accordingly, there was no violation of the appellants' rights under ss. 8 or 9 of the *Charter*.

J'ai conclu que bien que les appelants aient été détenus, leur détention n'a pas été arbitraire, et que bien que leur véhicule ait été fouillé, cette fouille n'a pas été abusive. En conséquence, il n'y a eu aucune violation des droits garantis aux appelants par l'art. 8 ou l'art. 9 de la *Charte*.

34 Since writing the above, I have had the benefit of the reasons of Justice Sopinka. I appreciate that the issue he raises has not been expressly addressed. I am satisfied that the excluded evidence, together with the evidence already of record, constitute circumstantial evidence such that, had the error not occurred and the excluded evidence been allowed, the verdict would not necessarily have been the same or, stated otherwise, that such evidence could reasonably result in a conviction. A new trial is warranted. The appeal should be dismissed.

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs du juge Sopinka. Je reconnais que la question qu'il soulève n'a pas été abordée expressément. Je suis convaincu que la preuve écartée ainsi que celle déjà au dossier constituent une preuve circonstancielle telle que, si l'erreur n'avait pas été commise et si la preuve écartée avait été admise, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même ou, autrement dit, cette preuve aurait pu raisonnablement entraîner une déclaration de culpabilité. Un nouveau procès est justifié. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

35 MAJOR J. (dissenting) — This appeal raises the narrow issue of whether an RCMP officer, acting under the authority of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), had the requisite grounds to stop and search the appellants' vehicle away from the border. The appellants submit that the officer in question lacked reasonable grounds to suspect that the *Customs Act* had been or might be infringed, and that they were therefore arbitrarily stopped and subjected to an unreasonable search and seizure, in contravention of ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent, relying on the decision of the Court of Appeal of New Brunswick, submits that the officer had the proper grounds to stop and search the vehicle in question.

LE JUGE MAJOR (dissident) — Le présent pourvoi soulève la question précise de savoir si un agent de la GRC agissant en vertu de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), avait les motifs requis pour intercepter et fouiller le véhicule des appelants à une certaine distance de la frontière. Les appelants allèguent que l'agent en question n'avait pas de motifs raisonnables de soupçonner qu'il y avait eu ou qu'il pourrait y avoir infraction à la *Loi sur les douanes*, et qu'ils ont donc été interpellés arbitrairement et soumis à une fouille et à une saisie abusives en contravention des art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'intimée, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, soutient que l'agent avait des motifs valables d'intercepter le véhicule en question et de le fouiller.

I. Relevant Statutory Provisions

Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.)

11. (1) Subject to this section, every person arriving in Canada shall, except in such circumstances and subject to such conditions as may be prescribed, forthwith present himself at the nearest customs office designated for that purpose that is open for business and answer truthfully any questions asked by an officer in the performance of his duties under this or any other Act of Parliament.

99. (1) An officer may

(f) where the officer suspects on reasonable grounds that this Act or the regulations or any other Act of Parliament administered or enforced by him or any regulations thereunder have been or might be contravened in respect of any conveyance or any goods thereon, stop, board and search the conveyance, examine any goods thereon and open or cause to be opened any package or container thereof and direct that the conveyance be moved to a customs office or other suitable place for any such search, examination or opening.

159. Every person commits an offence who smuggles or attempts to smuggle into Canada, whether clandestinely or not, any goods subject to duties, or any goods the importation of which is prohibited, controlled or regulated by or pursuant to this or any other Act of Parliament.

II. Facts

On March 9, 1993, at 12:56 p.m., Constable Ward, an RCMP officer attached to the Perth-Andover, New Brunswick detachment, received a radio report informing him that a single vehicle had crossed the Canada-U.S. border at a nearby uncontrolled border crossing. It is worth noting that while the officer testified that the report was in respect of an "illegal entry into Canada", the parties agreed before that there is no law prohibiting entry into Canada at an uncontrolled border crossing. The radio report originated from the U.S. Border Patrol. There was no description of the vehicle, its passengers, contents or licence plates.

I. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.)

11. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, ainsi que des circonstances et des conditions prévues par règlement, toute personne arrivant au Canada doit se présenter aussitôt au plus proche bureau de douane, doté des attributions prévues à cet effet, qui soit ouvert et répondre véridiquement aux questions que lui pose l'agent dans l'exercice des fonctions que lui confère la présente loi ou une autre loi fédérale.

99. (1) L'agent peut:

f) s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'un moyen de transport ou que les marchandises se trouvant à son bord ont donné ou pourraient donner lieu à une infraction visée à l'alinéa e), immobiliser le moyen de transport, monter à son bord et le fouiller, visiter les marchandises et en ouvrir ou faire ouvrir tous colis ou contenants, ainsi que faire conduire le moyen de transport à un bureau de douane ou à tout autre lieu indiqué pour ces opérations.

159. Constitue une infraction le fait d'introduire ou de tenter d'introduire en fraude au Canada, par contrebande ou non clandestinement, des marchandises passibles de droits ou dont l'importation est prohibée, contrôlée ou réglementée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale.

II. Les faits

Le 9 mars 1993, à 12 h 56, l'agent Ward, de la GRC, affecté au détachement de Perth-Andover (Nouveau-Brunswick), a reçu un rapport radio l'informant qu'un véhicule seul avait traversé la frontière Canada-É.-U. à un passage frontalier non surveillé situé à proximité. Il faut noter que même si l'agent a témoigné que le rapport avait trait à une [TRADUCTION] «entrée illégale au Canada», les parties ont convenu qu'il n'y a aucune loi interdisant l'entrée au Canada à un passage frontalier non surveillé. Le rapport radio a été transmis par la patrouille frontalière américaine et ne donnait aucune description du véhicule, de ses passagers, de son contenu ou de ses plaques d'immatriculation.

38 The same officer proceeded to the intersection of Brown Road and the Trans-Canada Highway. Brown Road is a road which runs parallel to the border on the U.S. side, then turns across the border and intersects with the Trans-Canada Highway, approximately four to five kilometres from the border. Constable Ward testified that it would take approximately three minutes to drive from the border to the intersection. There are residences along, but no exits from Brown Road until one reaches the Trans-Canada Highway.

39 The constable testified that it took him three to five minutes to drive from where he received the radio report to the intersection. When he arrived at the intersection, he noticed two vehicles waiting to enter the Trans-Canada Highway. The first in line was a Chrysler Dynasty with New Brunswick licence plates, driven by a woman approximately 60 years old. The second vehicle was a Dodge pickup truck, with a Quebec licence plate in the rear, a cellular phone antenna, and a cap on the back. This vehicle was occupied by the appellants.

40 The constable stopped the appellants' truck. The following portion from the transcript of his direct examination summarizes his reasons for stopping the appellants.

Court: And they were both on the Brown Road as it approached the Trans-Canada.

A: That's correct, Your Honour. The first vehicle that I noticed was the Chrysler Dynasty and I noticed that there were New Brunswick plates on the car and there was one lady in the car, and she looked approximately I'd say sixty years old and it appeared at that time that the — it didn't look like as — like your suspicious vehicle. It wasn't something that sparked my attention, I would rather say, like it wasn't like — she didn't look like somebody that would be smuggling or jumping the border.

Court: What does — do they have a look about them, Constable?

A: Pardon.

Court: Does a smuggler have a look about him?

A: Well, the equipment used sometimes is rather uniform as to the way it happens. Sometimes they use

L'agent s'est dirigé vers le point d'intersection du chemin Brown et de la route transcanadienne. Situé du côté américain, le chemin Brown suit en parallèle la frontière avant de faire une courbe qui lui fait croiser la frontière, puis la route transcanadienne à environ quatre ou cinq kilomètres de la frontière. L'agent Ward a affirmé qu'il faut environ trois minutes à un véhicule pour aller de la frontière à l'intersection. Il y a des maisons le long du chemin, mais aucune sortie avant l'intersection avec la route transcanadienne.

Il a témoigné qu'il lui a fallu de trois à cinq minutes pour se rendre en voiture de l'endroit où il a reçu le rapport radio jusqu'à l'intersection. À son arrivée sur les lieux, il a remarqué deux véhicules qui attendaient de pouvoir s'engager sur la route transcanadienne. Le premier était une Chrysler Dynasty immatriculée au Nouveau-Brunswick, conduite par une femme d'environ 60 ans. Le second était une camionnette Dodge immatriculée au Québec, munie d'une antenne de téléphone cellulaire et d'un capot de caisse, et dans laquelle se trouvaient les appelants.

L'agent a intercepté la camionnette des appelants. L'extrait suivant de la transcription de son interrogatoire principal résume les motifs qu'il avait d'interpeller les appelants.

[TRADUCTION]

La cour: Et ils se trouvaient tous deux sur le chemin Brown, à la jonction avec la route transcanadienne.

R: C'est exact, Votre Honneur. Le premier véhicule que j'ai vu était la Chrysler Dynasty et j'ai remarqué qu'il avait des plaques du Nouveau-Brunswick et qu'il y avait une dame dans l'auto, et elle faisait environ je dirais 60 ans, et il m'a semblé à ce moment-là — ça n'avait pas l'air — d'être un véhicule suspect. Ce n'était pas quelque chose qui pouvait attirer mon attention, je dirais plutôt, par exemple ce n'était pas — elle n'avait pas l'air de quelqu'un qui fait de la contrebande ou qui passe clandestinement la frontière.

La cour: Qu'est-ce qui — ont-ils une apparence qui permet de les reconnaître?

R: Pardon?

La cour: Est-ce qu'un contrebandier a une apparence qui permet de le reconnaître?

R: Bien, le matériel utilisé parfois est assez uniforme quant à la façon de faire. Parfois ils utilisent des véhi-

four wheel drive or cars that are loaded down, like in the rear of the vehicle, you could notice that the vehicle is loaded down with merchandise sometimes if it's a large load, and . . .

Court: And sometimes they're smuggling and you don't see anything, isn't that right?

A: That's — that's correct, yes. Every — sometimes things go unnoticed.

Court: Sometimes a nice 60 or 70 year old lady is maybe sitting on a nice load of hash under the front seat.

A: It's possible, Your Honour.

Q: And continue your narrative, please, Constable, what happened, you noted the two vehicles and described what you saw and what you did from that point, please?

A: Okay, I, at this time, I was alone in my marked police car, so I had a choice which vehicle I could stopped. So what I did was I looked at both vehicles and I noticed that the truck had a cellular antenna on the roof and there was a cab on — a cap on the pickup truck and there was no license plate in the front and I thought to myself, well, this vehicle it looks more likely because it doesn't fit into the surroundings of the village. So when I got behind the truck, I noticed that the license plate was from Quebec, so what I — I had a choice I could either take the car or the truck so I picked the truck because it was from out of the province and it likely wasn't supposed to be in the area or didn't fit into the area.

Court: Why, why do you say likely it wasn't supposed to be in the area, that makes it — that's a very peculiar statement for a person who's giving me evidence. Why do you say that?

A: Because the Chrysler Dynasty had New Brunswick license plates on it and it seemed like the vehicle was a local car and that the pickup truck was more likely from another area. It had a Quebec license plate on it and it didn't look like a familiar vehicle.

Court: Did the Dodge Dynasty look like a familiar vehicle?

A: No, it didn't but it had New Brunswick plates on it.

During cross-examination, the constable again stated that he stopped the appellants' truck because

cules à quatre roues motrices ou des automobiles qui sont surchargées, particulièrement l'arrière du véhicule, et vous pouvez voir que le véhicule est surchargé de marchandises lorsqu'il arrive que la charge soit très grande, et . . .

La cour: Et parfois ils font de la contrebande et vous ne remarquez rien, n'est-ce pas?

R: C'est — c'est exact, oui. Une fois de — parfois la contrebande passe sans qu'on s'en rende compte.

La cour: Parfois une gentille dame de 60 ou 70 ans peut être assise sur un beau paquet de hasch caché sous son siège.

R: C'est possible, Votre Honneur.

Q: Veuillez continuer votre récit, M. Ward, qu'est-ce qui est arrivé; vous avez remarqué les deux véhicules et décrit ce que vous avez vu, qu'avez-vous fait à partir de ce moment-là?

R: D'accord. À ce moment-là je me trouvais seul dans ma voiture de police identifiée. Alors, j'avais le choix du véhicule que je pouvais intercepter. Ce que j'ai fait alors a été de regarder les deux véhicules et j'ai remarqué que la camionnette avait une antenne de téléphone cellulaire sur le toit et qu'il y avait un capot ajouté à la caisse, et je me suis dit, il y a plus de chances que ce soit ce véhicule parce qu'il ne cadre pas avec l'environnement du village. Quand je me suis trouvé à l'arrière de la camionnette, j'ai remarqué que la plaque d'immatriculation était du Québec, alors ce que — j'avais le choix: je pouvais arrêter soit la voiture soit la camionnette, alors j'ai opté pour la camionnette parce qu'elle venait de l'extérieur de la province et que, vraisemblablement, elle n'était pas censée se trouver là et elle ne cadrerait pas avec cet environnement.

La cour: Pourquoi, pourquoi dites-vous que, vraisemblablement, elle n'était pas censée se trouver là, c'est — c'est une affirmation que je trouve bien surprenante de la part d'un témoin? Pourquoi dites-vous cela?

R: Parce que la Chrysler Dynasty avait des plaques du Nouveau-Brunswick et semblait être de la région, et que la camionnette avait plus de chances de venir d'ailleurs. Elle avait une plaque du Québec et n'avait pas l'air d'un véhicule familier.

La cour: Est-ce que la Dodge Dynasty avait l'air d'un véhicule familier?

R: Non, mais elle avait des plaques du Nouveau-Brunswick.

Au cours du contre-interrogatoire, l'agent a de nouveau affirmé qu'il avait intercepté la camion-

he had a choice between the two vehicles and he picked the one he felt was more suspicious.

A. My reasonable belief was the fact that there was an entry into Canada at an unmanned port and my immediate patrol to the area spotted two vehicles. I had a choice between one or the other and one vehicle had Quebec plates on it and one had New Brunswick plates on it, so I had to stop one or the other because the road coming out of Brown Road connects with the Trans-Canada and any vehicles that may have been on that road were suspects to this offence.

Q. Why did you not stop both vehicles?

A. Because one was from Quebec which is out of the province and as mentioned before it — it — the vehicle didn't look like it was — it looked like it was out of place and my grounds or my knowledge as a police officer came into effect at that point and I used all — I used sound judgement to check well, if the vehicle is out of the province, then this is the one I'll check.

Q. So your sound police judgement is that vehicles that come out of province are suspect vehicles?

A. What I'm saying is that the car from New Brunswick is — was more likely to be from the local area than to be from Quebec.

Q. What you said before was that a vehicle with an out of province license was suspect? Isn't that what you said? Because it had an out of province license?

A. What's your question?

Q. My question is in your sound police opinion, you feel that an out of province licensed vehicle is always the suspect vehicle?

A. At an unmanned port, yes, if there — if there's other factors involved such as information received from the United States Border Patrol stating that there was an entry into Canada at that specific location. Then I have no choice but to gather enough evidence and belief that this may possibly be the vehicle.

Q. So you thought this may possibly be the vehicle?

A. Yes, I did.

Q. You were suspicious of the vehicle?

A. Yes, I was.

nette des appelants parce que, ayant le choix entre les deux véhicules, il a opté pour celui qui lui semblait le plus suspect.

[TRADUCTION]

R. J'ai cru raisonnablement qu'il y avait eu entrée au Canada à un point d'entrée non surveillé et, ayant immédiatement patrouillé le secteur, j'ai remarqué deux véhicules. J'avais le choix entre les deux. L'un avait une plaque du Québec, l'autre des plaques du Nouveau-Brunswick. Je devais arrêter l'un ou l'autre, parce que le chemin prolongeant le chemin Brown rejoint la route transcanadienne et tout véhicule qui pouvait se trouver sur ce chemin était suspect en rapport avec l'infraction.

Q. Pourquoi ne pas avoir arrêté les deux véhicules?

R. Parce que l'un venait du Québec, c'est-à-dire de l'extérieur de la province, et, comme je l'ai déjà dit, le — le véhicule n'avait pas l'air — il n'avait pas l'air à sa place, et mes motifs ou mes connaissances en tant que policier sont entrés en ligne de compte à ce moment-là, et je me suis fié à tout — à mon bon jugement pour vérifier, bien, si le véhicule est de l'extérieur de la province, alors c'est celui que je choisis d'inspecter.

Q. Alors votre bon jugement de policier vous dit que les véhicules qui viennent de l'extérieur de la province sont suspects?

R. Ce que je veux dire, c'est que la voiture venant du Nouveau-Brunswick est — avait plus de chances de venir de la région que du Québec.

Q. N'avez-vous pas dit avant qu'un véhicule qui a une plaque qui n'est pas de la province était suspect? Est-ce que ce n'est pas ce que vous avez dit? Parce qu'il avait une plaque de l'extérieur de la province?

R. Quelle est votre question?

Q. Ma question est de savoir si, selon votre bon jugement de policier, vous croyez qu'un véhicule avec une plaque de l'extérieur de la province est toujours un véhicule suspect?

R. À un point d'entrée non surveillé, oui, s'il — s'il y a d'autres facteurs comme des renseignements reçus de la patrouille frontalière des États-Unis avertissant qu'il y a eu entrée au Canada à cet endroit précis. Alors, je ne peux que penser qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve et croire que c'est peut-être le véhicule en question.

Q. Alors vous avez pensé que ce pouvait être le véhicule en question?

R. Oui, c'est ce que j'ai pensé.

Q. Vous aviez des soupçons sur ce véhicule?

R. Oui, j'en avais.

Q. But you had nothing to indicate that this was the vehicle?

A. No, I didn't.

Constable Ward approached the truck on foot and saw, through the window, several Wal-Mart bags. The only Wal-Mart stores in the area at the time were in the United States. He proceeded to ask the driver of the truck, the appellant Jacques, where he had been. Jacques replied, "I'm coming from across". Jacques was asked what he had in the back of the vehicle, and replied that it was whisky. On request, the appellant Jacques opened the back of the truck. The constable noted the previously mentioned bags, as well as some boxes with liquor markings on them.

The constable then placed the appellants under arrest and confiscated their truck. The appellants were taken to the RCMP detachment in Perth-Andover, where they were permitted to contact counsel. They were subsequently searched and interviewed at Woodstock.

The appellants were charged with failing to report to customs and smuggling, under ss. 11(1) and 159 of the *Customs Act*. In Provincial Court ((1993), 143 N.B.R. (2d) 64), Harper Prov. Ct. J. found that the stopping of the appellants' vehicle was based on the officer's hunch, which was insufficient to constitute reasonable grounds. Relying on this Court's decisions in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, the trial judge held that the stop was arbitrary, and thus a violation of s. 9 of the *Charter*. He said that in conducting his search, the officer was attempting to find evidence to justify his initial illegal detention of the appellants. Harper Prov. Ct. J. also held that the statements by Jacques and the subsequent consent to search the vehicle were given in violation of the *Charter* and the evidence gathered thereafter was inadmissible pursuant to

Q. Mais rien ne vous indiquait que c'était le véhicule en question?

R. Non, rien.

L'agent Ward s'est approché à pied de la camionnette et a vu, par la glace, plusieurs sacs du magasin Wal-Mart. À l'époque, les seuls magasins Wal-Mart de la région étaient situés aux États-Unis. Il a ensuite demandé au conducteur de la camionnette, l'appelant Jacques, d'où il venait. Jacques lui a répondu: [TRADUCTION] «Je viens de l'autre côté». Le policier lui a ensuite demandé ce qu'il y avait à l'arrière du véhicule, et Jacques a répondu que c'était du whisky. À la demande du policier, l'appelant Jacques a ouvert l'arrière de la camionnette. L'agent a remarqué les sacs mentionnés précédemment de même que des boîtes portant des inscriptions de spiritueux.

L'agent a alors procédé à l'arrestation des appellants et a confisqué leur camionnette. Les appellants ont été emmenés au détachement de la GRC à Perth-Andover, où on leur a permis de communiquer avec un avocat. On les a ensuite fouillés et interrogés à Woodstock.

Les appelants ont été accusés d'avoir omis de se présenter à la douane et d'avoir introduit des marchandises en fraude, en contravention du par. 11(1) et de l'art. 159 de la *Loi sur les douanes*. En Cour provinciale ((1993), 143 R.N.-B. (2^e) 64), le juge Harper a conclu que l'interception du véhicule des appelants était fondée sur une simple intuition de l'agent, ce qui n'était pas suffisant pour constituer des motifs raisonnables. S'appuyant sur les arrêts de notre Cour *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, le juge de première instance a conclu que l'interpellation était arbitraire, et que, par conséquent, elle violait l'art. 9 de la *Charte*. Il a dit que l'agent avait effectué la fouille dans le but de trouver des éléments de preuve qui justifieraient sa détention initiale illégale des appelants. Le juge Harper a aussi statué que les déclarations de Jacques et son consentement à la fouille subséquente du véhicule ont été obtenus en contravention de la *Charte* et que la preuve ainsi recueillie par la suite ne devait pas être utilisée, conformément au par. 24(2) de la

42

43

44

s. 24(2) of the *Charter*. The Crown called no further evidence and the appellants were acquitted.

45 The acquittal was overturned by the Court of Appeal for New Brunswick: (1995), 157 N.B.R. (2d) 195. The Chief Justice held that the trial judge had erred in considering the stop only in relation to the common law power of the police to perform random stops to investigate driving offences. He found that the stopping of the appellants' vehicle was permitted under s. 99(1)(f) of the *Customs Act*. The Court of Appeal concluded that the officer had reasonable grounds to suspect a contravention of the *Customs Act* because the truck was on the road leading from the border and did not fit into the surroundings.

III. Issues

46 The appellants submit that the stop and search of their vehicle was an unreasonable search and seizure, and thus a violation of s. 8 of the *Charter*. Further, the appellants submit that they were arbitrarily detained, in violation of s. 9 of the *Charter*. These submissions both rest on what is the main issue in this case: whether Constable Ward suspected on reasonable grounds that the truck occupied by the appellants had been or might be in contravention of the *Customs Act*.

IV. Analysis

47 While two *Charter* rights are alleged to have been infringed in this case, they both center on the same issue, whether the RCMP had reasonable grounds to suspect that the truck in question had been or might be involved in a contravention of the *Customs Act*. The trial judge felt the officer did not have reasonable grounds, while the Court of Appeal had the opposite view.

Charte. Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve et les appelants ont été acquittés.

Cet acquittement a été annulé par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick: (1995), 157 R.N.-B. (2^e) 195. Le juge en chef a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en ne prenant l'interpellation en considération que dans son rapport avec le pouvoir qu'a la police, en common law, de procéder à des interpellations au hasard dans le but de contrôler le respect du code de la route. À son avis, l'interception du véhicule des appelants était permise en vertu de l'al. 99(1)f) de la *Loi sur les douanes*. La Cour d'appel a conclu que l'agent avait des motifs raisonnables de soupçonner une contravention à la *Loi sur les douanes*, parce que la camionnette était sur le chemin venant de la frontière et qu'elle ne cadrerait pas avec l'environnement.

III. La question en litige

Les appelants soutiennent que l'interception et la fouille de leur véhicule constituaient une fouille et une saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la *Charte*. De plus, ils soutiennent qu'ils ont été arbitrairement détenus, en contravention de l'art. 9 de la *Charte*. Ces allégations reposent toutes deux sur ce qui constitue la principale question en litige en l'espèce: l'agent Ward avait-il des motifs raisonnables de soupçonner que la camionnette dans laquelle se trouvaient les appelants avait donné ou pourrait donner lieu à une infraction à la *Loi sur les douanes*?

IV. Analyse

Bien que l'on allègue que deux droits garantis par la *Charte* ont été violés en l'espèce, les infractions reprochées renvoient toutes deux à la même question, à savoir si l'agent de la GRC avait des motifs raisonnables de soupçonner que la camionnette en question avait servi ou pourrait servir à la perpétration d'une infraction à la *Loi sur les douanes*. Le juge de première instance a conclu que l'agent n'avait pas de motifs raisonnables, alors que la Cour d'appel était d'avis contraire.

If the officer did not have reasonable grounds for his suspicion, as required under s. 99(1)(f) of the Act, the detention of the appellants' truck was arbitrary. Random stopping of vehicles was held to be a violation of s. 9 of the *Charter* in *Hufsky* and *Ladouceur*. In those cases, the violation of s. 9 was justified under s. 1 of the *Charter*, as the violation occurred pursuant to a valid statutory goal, i.e., highway safety. If the stop was arbitrary it cannot be authorized by the *Customs Act*, as that Act requires suspicion on reasonable grounds, and does not authorize random stops. It was common ground that the appellants were not violating any traffic laws, nor were they stopped for a safety inspection.

In my opinion, the trial judge was correct in finding that the officer did not have reasonable grounds to stop the appellants. The Court of Appeal noted that the trial judge did not refer specifically to the requirements of s. 99(1)(f). While this is true, the trial judge clearly realized that the police require reasonable grounds to stop vehicles except under the authority provided by *Hufsky* and *Ladouceur*. He stated that the facts of the case did not "constitute reasonable grounds to suspect that [the appellants' truck] may be carrying contraband goods" (p. 74).

The requirements of s. 99(1)(f) are not stringent, perhaps because of the obvious difficulties in controlling the long undefended border between Canada and the United States. The officer need only suspect, on reasonable grounds, that the vehicle in question is or might be involved in a breach of the *Customs Act*. I take the phrase "might be" in the section to mean merely that there is a possibility that an offence is taking place, not implying suspicion of a future offence. While the requirement is not stringent, there must be some connection between the factors relied on by the officer

Si les soupçons de l'agent ne reposaient pas sur les motifs raisonnables exigés par l'al. 99(1)f) de la Loi, l'interception de la camionnette des appelants était arbitraire. Dans les arrêts *Hufsky* et *Ladouceur*, notre Cour a déclaré que l'interception au hasard de véhicules est une violation de l'art. 9 de la *Charte*. Dans ces arrêts, la violation de l'art. 9 a été justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, parce que cette violation s'inscrivait dans la poursuite d'un objectif législatif valide, soit la sécurité routière. Si l'interception était arbitraire, elle ne peut pas être autorisée en vertu de la *Loi sur les douanes*, étant donné que cette loi exige que les soupçons reposent sur des motifs raisonnables et qu'elle n'autorise pas les interceptions au hasard. Les parties ont convenu que les appelants n'avaient pas commis d'infraction au code de la route et qu'ils n'avaient pas été interpellés en vue d'une inspection de sécurité.

À mon avis, le juge de première instance a eu raison de conclure que l'agent n'avait pas de motifs raisonnables d'interpeller les appelants. La Cour d'appel a fait remarquer que le juge de première instance n'avait pas fait référence expressément aux exigences de l'al. 99(1)f). Bien que cela soit vrai, le juge de première instance a, de toute évidence, constaté que la police doit avoir des motifs raisonnables d'intercepter des véhicules, sauf lorsqu'elle exerce les pouvoirs conférés par les arrêts *Hufsky* et *Ladouceur*. Il a conclu que les faits de l'espèce [TRADUCTION] «ne constitu[ai]ent pas [. . .] un motif raisonnable de soupçonner que [la camionnette des appelants pouvait] transporter des marchandises de contrebande» (p. 74).

Les exigences de l'al. 99(1)f) ne sont pas rigoureuses, peut-être en raison des difficultés évidentes que pose le contrôle de la longue frontière non surveillée séparant le Canada des États-Unis. Il suffit que l'agent ait des motifs raisonnables de soupçonner que le véhicule en question a donné lieu ou pourrait donner lieu à une infraction à la *Loi sur les douanes*. Je considère que le mot «pourraient» dans l'alinéa signifie simplement qu'il y a une possibilité que l'on soit en train de commettre une infraction, et que cela n'implique pas des soupçons quant à une infraction future. Bien que les exi-

and the suspected breach of the Act. Without such a connection, customs officers would have power to stop arbitrarily. Had Parliament intended customs officers to have such power, it would have said so, and not enacted s. 99(1)(f).

gences ne soient pas rigoureuses, il doit y avoir un lien entre les facteurs sur lesquels l'agent s'appuie et ses soupçons quant à une infraction à la Loi. Sans l'exigence de ce lien, les agents des douanes auraient le pouvoir de faire des interpellations arbitraires. Si le législateur fédéral avait eu l'intention de conférer de tels pouvoirs aux agents des douanes, il se serait exprimé en ce sens et il n'aurait pas adopté l'al. 99(1)(f).

51 The case of *R. v. Montour and Longboat* (1992), 129 N.B.R. (2d) 361, while not concerned with s. 99(1)(f), is of assistance. There, a police officer stopped a van because it was an older vehicle bearing out-of-province plates. He had a "hunch" and "suspicion" about the van. Upon approaching the van, he spotted what appeared to be American tobacco products in the back of the van. The occupants were charged with a violation under the *Excise Act*. The trial judge found that the van had been arbitrarily stopped, and that the stop was not pursuant to the goals justified in *Hufsky* and *Ladouceur*. The trial judge found a violation of s. 9 and excluded the evidence under s. 24(2). The New Brunswick Court of Appeal overturned the decision (1994), 150 N.B.R. (2d) 7, but this Court restored the trial judge's verdict, [1995] 2 S.C.R. 416.

Il est utile de se référer à l'affaire *R. c. Montour and Longboat* (1992), 129 R.N.-B. (2^e) 361, bien qu'elle ne concerne pas l'al. 99(1)(f). Dans cette affaire, un policier avait intercepté une fourgonnette parce qu'elle était vieille et qu'elle portait une plaque de l'extérieur de la province. Il avait eu une [TRADUCTION] «intuition» et un «doute» au sujet de cette fourgonnette. En s'approchant du véhicule, il a vu à l'arrière ce qui a paru être des produits du tabac américains. Les occupants ont été accusés de violation de la *Loi sur l'accise*. Le juge de première instance a conclu que la fourgonnette avait été interceptée arbitrairement et que cette interception n'avait pas été effectuée conformément aux objectifs justifiés par les arrêts *Hufsky* et *Ladouceur*. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 9 et il a écarté la preuve conformément au par. 24(2). La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a infirmé cette décision (1994), 150 R.N.-B. (2^e) 7, mais notre Cour a rétabli le verdict du juge de première instance dans [1995] 2 R.C.S. 416.

52 In *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, the Ontario Court of Appeal held that in the absence of statutory authority to stop a vehicle, stopping a vehicle for the purpose of determining if the occupants were involved in criminal activity can only be justified if the police have some "articulable cause" for the detention. The Court of Appeal held that there must be a constellation of objectively discernable facts which give the detaining officer reasonable cause to suspect that the detainee is implicated in the activity under investigation. Of particular importance to this case, the Ontario Court of Appeal stated that a hunch based on intuition gained by experience cannot suffice as articul-

Dans *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que, sauf si une loi accorde le pouvoir d'intercepter un véhicule, une telle interception aux fins de déterminer si les occupants ont été impliqués dans une activité criminelle ne peut se justifier que si la police a un [TRADUCTION] «motif précis» pour la détention. La Cour d'appel a statué qu'il doit y avoir un ensemble de faits objectivement discernables qui donnent à l'agent qui exerce la détention un motif raisonnable de soupçonner que la personne détenue est impliquée dans l'activité faisant l'objet de l'enquête. Fait particulièrement important pour la présente affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a statué

able cause. “[A]rticulable cause” is a standard equivalent to the requirements of s. 99(1)(f).

In this case, the constable based his actions on factors similar to those relied on by the officer in *Montour and Longboat*. He listed a number of random factors which he said indicated that the vehicle was suspicious. The appellants’ vehicle was stopped, according to the officer, because of its proximity to the border, and the fact that it was a truck with a cellular telephone antenna and a cap on the back. The officer thought the fact that the appellants’ vehicle bore a Quebec licence plate was an important consideration. These factors, assessed individually or in concert, do not constitute reasonable grounds to suspect a contravention of the *Customs Act*.

The first factor, which the appellants’ vehicle shared with the New Brunswick licensed car, was that the vehicle was at a point the officer identified as being three minutes away from the border. The trial judge in the absence of evidence gave this factor little weight, as it required unwarranted assumptions about the speed of the vehicles in question.

The second factor was the type of vehicle driven by the appellants. The officer stated that he was suspicious because the vehicle was a truck with a cap on the back and a cellular phone antenna. He offered an opinion that smugglers commonly use four-wheel drive trucks or “loaded-down” cars but did not state the basis for this opinion. There was no evidence, for example, that the officer had arrested any smugglers using similar vehicles.

The third factor was the presence of a Quebec licence plate on the appellants’ truck. In my opinion, there was no articulable reason to suggest that vehicles from out of the province are more likely

qu’une intuition fondée sur l’expérience ne peut constituer un motif précis. Le «motif précis» est une norme équivalente aux exigences de l’al. 99(1)f).

En l’espèce, l’agent a fondé son intervention sur des facteurs semblables à ceux qu’avait invoqués le policier dans l’arrêt *Montour and Longboat*. Il a dressé une liste de facteurs aléatoires qui, à son avis, indiquaient que le véhicule était suspect. D’après lui, il a intercepté le véhicule des appelants parce qu’il était à proximité de la frontière et qu’il s’agissait d’une camionnette munie d’une antenne de téléphone cellulaire et d’un capot de caisse. L’agent a cru que la présence d’une plaque d’immatriculation du Québec était un facteur important. Ces facteurs, peu importe qu’on les évalue séparément ou ensemble, ne constituent pas des motifs raisonnables de soupçonner une infraction à la *Loi sur les douanes*.

Le premier facteur, que le véhicule des appelants partageait avec la voiture immatriculée au Nouveau-Brunswick, était que le véhicule se trouvait à un endroit qui, selon l’agent, était situé à trois minutes de la frontière. En l’absence de preuve, le juge de première instance a accordé peu d’importance à ce facteur étant donné qu’il nécessitait des présomptions injustifiées quant à la vitesse des véhicules en question.

Le deuxième facteur était le type de véhicule conduit par les appelants. L’agent a affirmé qu’il avait eu des soupçons parce que le véhicule était une camionnette munie d’un capot de caisse et d’une antenne de téléphone cellulaire. Il a avancé que selon lui les contrebandiers utilisaient souvent des véhicules à quatre roues motrices ou des voitures «surchargées», mais il n’a pas expliqué sur quoi il fondait cette opinion. La preuve n’indique pas, par exemple, que l’agent avait déjà arrêté des contrebandiers utilisant des véhicules semblables.

Le troisième facteur est la présence d’une plaque du Québec sur la camionnette des appelants. À mon avis, il n’y avait pas de motif précis laissant supposer que les véhicules de l’extérieur

53

54

55

56

to be involved in an offence under the *Customs Act*.

de la province sont plus susceptibles d'être utilisés pour la perpétration d'une infraction à la *Loi sur les douanes*.

57 The arbitrary nature of the stop is evidenced by the officer's testimony: he testified twice that he had a choice between the two vehicles found at the intersection, and that he had to stop one or the other. The officer stated that the appellants' truck looked more likely to be involved in an offence than the other vehicle stopped at the intersection, the Dynasty, which had New Brunswick licence plates and was driven by a woman of approximately sixty years of age. The officer stated, "I had a choice I could either take the car or the truck so I picked the truck because it was from out of province and it likely wasn't supposed to be in the area or didn't fit into the area".

Le caractère arbitraire de l'interpellation ressort du témoignage de l'agent: il a déclaré deux fois qu'il avait le choix entre les deux véhicules aperçus à l'intersection et qu'il devait intercepter l'un ou l'autre. Il a affirmé qu'il lui semblait plus probable que la camionnette des appelants serve à la perpétration d'une infraction que l'autre véhicule arrêté à l'intersection, la Dynasty, immatriculée au Nouveau-Brunswick et conduite par une femme d'environ 60 ans. Il a ajouté: «j'avais le choix: je pouvais arrêter soit la voiture soit la camionnette, alors j'ai opté pour la camionnette parce qu'elle venait de l'extérieur de la province et que, vraisemblablement, elle n'était pas censée se trouver là et elle ne cadrait pas avec cet environnement».

58 The officer did not explain why a truck with a cellular phone antenna fit in less with the rural surroundings than did the Dynasty car which was also stopped at the intersection. In fact, he admitted that the Dynasty was not a "familiar" vehicle. Even assuming the officer was correct in concluding the appellants' truck was not from the area, none of the officer's evidence points to a reason why the appellants' truck was likely to have been involved in a contravention of the *Customs Act*.

L'agent n'a pas expliqué pourquoi une camionnette munie d'une antenne de téléphone cellulaire cadrait moins bien avec le milieu rural que la Dynasty qui s'était aussi immobilisée à l'intersection. En fait, il a admis que la Dynasty n'était pas un véhicule «familier». Même en présumant que l'agent avait raison de conclure que la camionnette des appelants n'était pas de la région, rien dans son témoignage ne fait ressortir un motif de croire qu'elle avait vraisemblablement servi à commettre une infraction à la *Loi sur les douanes*.

59 Constable Ward never explained why the truck was the more likely of the two vehicles to have crossed the border. It should be remembered that there was no information as to the description, occupants, licence plates or contents of the vehicle that had crossed the border. It appears that any vehicle crossing at the uncontrolled border point trips an electronic signal, leading to the type of report relayed to Constable Ward. In his testimony, the police officer admitted that he "had nothing to indicate that this was the vehicle".

L'agent Ward n'a jamais expliqué pourquoi la camionnette était, des deux véhicules, le plus susceptible d'avoir traversé la frontière. Il faut se souvenir qu'aucun renseignement ni aucune description n'avait été fourni quant aux occupants, aux plaques d'immatriculation ou au contenu du véhicule en question. Il appert que tout véhicule qui traverse la frontière à un point non surveillé déclenche un signal électronique, ce qui suscite la transmission d'un rapport du type de celui qu'a reçu l'agent Ward. Dans son témoignage, ce dernier a admis que «rien ne [lui] indiquait que c'était le véhicule en question».

60 As mentioned above, there must be something that connects the vehicle to an alleged breach of the *Customs Act* for the requirements of s. 99(1)(f)

Comme je l'ai dit précédemment, il faut établir un lien entre le véhicule et l'allégation d'infraction à la *Loi sur les douanes* pour satisfaire aux exi-

to be satisfied. None of the factors listed by the officer have any connection with an infringement of the *Customs Act*, or any other law. It is unreasonable to suggest that because a vehicle is from Quebec, a neighbouring province, or even "not from the area", it is more likely to be involved in an illegal activity.

The respondent cites *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, which held that people have a lower expectation of privacy when crossing the border, to argue that the search in this case was reasonable. At the same time, the respondent relies on s. 99(1)(f) as the authority for the search. In doing so, the respondent must be arguing that crossing the border, at least at an uncontrolled border crossing, can create a reasonable suspicion that an illegal activity is occurring. Without additional evidence, such as the existence of a manned border crossing nearby that was avoided, it is unreasonable to suggest that by performing a perfectly legal act one can become a suspect under the *Customs Act*. It is important to note that *Simmons* was concerned with whether a person undergoing a routine search in the customs office at a point of entry into Canada is detained for the purposes of s. 10(b) of the *Charter*, and not with the grounds for searches under the *Customs Act*.

Even if it is assumed, for the moment, that crossing the border provides "reasonable grounds" to suspect sufficient to ground a search under the Act, in this case there was nothing to indicate that the appellants' truck had crossed the border, except that it was on Brown Road, a coincidence which the truck shared with at least one, and possibly other, vehicles. The fact that a vehicle has Quebec plates rather than New Brunswick plates is not an indication that the vehicle has likely just crossed the border from the United States. In fact, it is arguable that a resident of the area would be more likely to be aware of the presence of an uncontrolled border crossing in the neighbourhood. In

gences de l'al. 99(1)f). Aucun des facteurs énumérés par l'agent n'a quelque lien que ce soit avec une infraction à la *Loi sur les douanes* ou à toute autre loi. On ne peut raisonnablement prétendre que, parce qu'un véhicule vient du Québec, une province voisine, ou qu'il «n'est pas de la région», il est plus susceptible d'être impliqué dans une activité illégale.

L'intimée s'appuie sur l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, dans lequel notre Cour a statué que les personnes ont une attente moins grande en matière de respect de la vie privée au moment où elles traversent la frontière, pour soutenir que la fouille était raisonnable en l'espèce. Par ailleurs, l'intimée s'appuie aussi sur l'al. 99(1)f) comme conférant le pouvoir d'effectuer la fouille. Ce faisant, l'intimée doit vouloir affirmer que traverser la frontière, au moins à un point non surveillé, peut créer un soupçon raisonnable quant à l'exercice d'une activité illégale. Sans preuve additionnelle, telle que l'existence d'un poste de douane à proximité qui aurait été évité, on ne peut raisonnablement soutenir que, en faisant une activité parfaitement légale, une personne peut devenir un suspect en vertu de la *Loi sur les douanes*. Il est important de signaler que l'arrêt *Simmons* portait sur la question de savoir si une personne qui subissait la fouille habituelle dans un bureau de douane situé à un point d'entrée au Canada était détenue au sens de l'al. 10b) de la *Charte*, et non pas sur ce que doivent être les motifs d'une fouille en vertu de la *Loi sur les douanes*.

Même si l'on présumait, pour l'instant, que traverser la frontière fournit un «motif raisonnable» de soupçonner suffisant pour justifier une fouille en vertu de la Loi, rien en l'espèce n'indiquait que la camionnette des appelants avait traversé la frontière, si ce n'est qu'elle se trouvait sur le chemin Brown, une coïncidence qu'elle partageait avec au moins un autre véhicule, et peut-être d'autres. Le fait qu'un véhicule est immatriculé au Québec plutôt qu'au Nouveau-Brunswick n'indique pas qu'il vient vraisemblablement tout juste de traverser la frontière en provenance des États-Unis. En fait, on pourrait prétendre qu'il serait plus vraisemblable qu'un résident de la région sache qu'il existe dans

any event, the officer admitted that he did not know if the appellants' vehicle had, in fact, crossed the border.

63 That there is nothing illegal *per se* about crossing the border at an uncontrolled checkpoint is significant. Section 99(1)(f) refers to a suspicion on reasonable grounds that a contravention of the *Customs Act* or its regulations has occurred or might be occurring. Even if the truck could have been identified as the vehicle which had just crossed the border, there was still nothing to indicate that a violation of the *Customs Act* had occurred.

64 The constable acted on a hunch based on his experience in this case, a fact recognized by the Court of Appeal. At p. 205, Hoyt C.J.N.B. refers to actions of Constable Ward as follows:

Three minutes before stopping Mr. Jacques' vehicle, Cst. Ward had received precise and reliable information of a single vehicle entry into Canada at an unmanned border point on a secondary paved road in a rural area. He went to the mouth of the road leading from the border where, calling on his experience of three years of police work in the area, he found a vehicle that, in his opinion, did not fit into the surroundings. He came to that conclusion after observing a covered half-ton truck with a cellular phone antenna and, more significantly, with no front licence plate, a requirement for New Brunswick vehicles, and an out-of-province plate at the rear of the vehicle. [Emphasis added.]

65 The "precise and reliable information" referred to by the appeal court was a report that a single vehicle had crossed the border at Four Falls, New Brunswick. There was no evidence regarding type, model, or colour of the vehicle, nor was there any information about licence numbers or province.

66 Basing a detention on "experience as a police officer" is precisely the justification that was disapproved in *Simpson* and *Montour*. The experience of police officers should not be discounted in eval-

le secteur un passage frontalier non surveillé. De toute façon, l'agent a admis qu'il ne savait pas si le véhicule des appelants avait, de fait, traversé la frontière.

Il est important de noter qu'il n'y a rien d'illégal en soi à traverser la frontière à un passage non surveillé. L'alinéa 99(1)f fait référence à un soupçon fondé sur des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu ou qu'il pourrait y avoir contravention à la *Loi sur les douanes* ou à son règlement. Même si la camionnette avait pu être identifiée comme étant le véhicule qui venait de traverser la frontière, il n'y avait toujours rien qui indiquait qu'une infraction à la *Loi sur les douanes* avait été commise.

En l'espèce, l'agent a agi sur le coup d'une intuition reposant sur son expérience, un fait reconnu par la Cour d'appel. Le juge en chef Hoyt rappelle les actions de l'agent de la façon suivante, à la p. 205:

[TRADUCTION] Trois minutes avant d'intercepter le véhicule de M. Jacques, l'agent Ward avait reçu des renseignements précis et fiables selon lesquels un véhicule était entré au Canada en utilisant un passage frontalier non surveillé se trouvant sur une route secondaire asphaltée d'une région rurale. Il s'est rendu au bout de la route provenant de la frontière où, faisant appel à ses trois années d'expérience de travail policier dans la région, il a aperçu un véhicule qui lui paraissait louche. Il est arrivé à cette conclusion après avoir observé une camionnette munie d'une antenne de téléphone cellulaire et, ce qui est plus important, sans plaque d'immatriculation à l'avant, ce qui est requis pour les véhicules du Nouveau-Brunswick. Ce véhicule avait une plaque d'immatriculation d'une autre province à l'arrière. [Je souligne.]

Les «renseignements précis et fiables» auxquels la Cour d'appel a fait référence consistent en un rapport selon lequel un véhicule seul avait traversé la frontière à Four Falls (Nouveau-Brunswick). Il n'y avait aucune précision quant au type, au modèle ou à la couleur du véhicule, ni quant au numéro de plaque ou à la province.

Fonder une détention sur l'«expérience de policier» est justement le type de justification que les arrêts *Simpson* et *Montour* ont désapprouvé. L'expérience des policiers ne doit pas être dépréciée

uating grounds to stop and search a vehicle. However, allowing police to exercise their considerable powers of detention and arrest based on such experience has the potential to permit *ex post facto* justification of police action. It is of some significance that here the peace officer's experience was in general police work as an RCMP constable and not as a regular customs official. In assessing the constable's experience it should not be overlooked that he believed crossing the border at an uncontrolled border crossing was illegal, which it is not. That mistake could have influenced his actions.

Because there were no reasonable grounds for the detention of the appellants in this case, they were arbitrarily detained, in contravention of s. 9 of the *Charter*. The search was without warrant, and thus a *prima facie* unreasonable search: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. To be reasonable, a warrantless search must be authorized by law, the law must be reasonable, and the search carried out must be reasonable: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. As mentioned, s. 99(1)(f) does not authorize a warrantless search unless the officer has reasonable grounds to suspect that a vehicle has contravened the Act. So in this case, where such grounds were absent, there is no legal authority for a warrantless search. For this reason, s. 8 was breached.

It remains to determine whether the evidence, which consisted of the contents of the truck and the personal effects of the appellants, should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The Court of Appeal did not deal with this issue, as they found that no breach of the *Charter* had occurred.

The trial judge held that the admission of the evidence would render the trial unfair. Despite the fact that it was "real" evidence, the trial judge felt that it would not have been obtained but for the breach of the appellants' *Charter* rights. On the

dans l'évaluation des motifs d'intercepter et de fouiller un véhicule. Cependant, permettre aux policiers d'exercer leurs pouvoirs considérables en matière de détention et d'interpellation en se fondant sur cette expérience risque d'ouvrir la porte à des justifications rétrospectives des actions policières. Il vaut la peine de noter que, en l'espèce, l'expérience de l'agent de la paix provenait de l'exécution de fonctions policières générales à titre d'agent de la GRC, et non d'agent des douanes attitré. Dans l'évaluation de son expérience, il ne faut pas oublier qu'il croyait que traverser la frontière à un poste frontalier non surveillé était illégal, ce qui ne l'est pas. Cette erreur a pu influencer ses actions.

Étant donné qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables de détenir les appelants en l'espèce, la détention était arbitraire et contrevenait à l'art. 9 de la *Charte*. La fouille, effectuée sans mandat, est par conséquent abusive à première vue: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Pour ne pas être abusive, une fouille sans mandat doit être autorisée par la loi, la loi doit être raisonnable, et la fouille doit être effectuée d'une manière raisonnable: voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Comme je l'ai dit précédemment, l'al. 99(1)f) n'autorise pas un agent à effectuer une fouille sans mandat, à moins qu'il n'ait des motifs raisonnables de soupçonner que le véhicule a servi à enfreindre la loi. Par conséquent, en l'espèce, de tels motifs ne pouvant être invoqués, l'agent n'avait aucun droit d'effectuer une fouille sans mandat. Il y a donc eu violation de l'art. 8.

Il reste à déterminer si la preuve, soit le contenu de la camionnette et les effets personnels des appelants, devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur cette question, étant donné qu'elle a conclu qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte*.

Le juge de première instance a statué que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable. En dépit du fait qu'il s'agissait d'une preuve «matérielle», le juge de première instance a conclu qu'elle n'aurait pas été obtenue sans la violation des droits des appelants garantis par la *Charte*. Se fondant sur l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3

67

68

69

authority of *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, the trial judge excluded the evidence.

70 This case is similar to *Mellenthin*. In that case, the police stopped a car at a check stop. The police, without grounds to search the car, asked the driver to open a bag, which was found to contain narcotics. In this case, the police stopped the appellants without reasonable grounds, and requested that the driver open up the rear of the truck. In *Mellenthin* this Court found that the evidence would not have been found but for the accused's participation, brought on by a breach of his *Charter* rights. The evidence was excluded.

71 Even if I disagreed with the trial judge on the effect of the evidence on the fairness of the trial, his decision should be upheld. The test is not one of correctness. In *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, it was held that a trial judge's decision regarding s. 24(2) should not be overturned absent an error as to the applicable principles of law or a finding that is unreasonable. The trial judge was not in error as to the applicable principles, and his finding was not unreasonable.

72 The evidence would not have been found but for the *Charter* breach. *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, held such evidence would affect trial fairness if admitted, notwithstanding the fact that it is real evidence. Based on *Mellenthin* and *Burlingham*, the trial judge was correct in excluding the evidence.

73 The trial judge did not comment on the second and third *Collins* categories. In my opinion the breach of the *Charter* was not serious, given the officer's apparent good faith, and the fact that he thought he had some basis (albeit insufficient) for stopping the appellants.

R.C.S. 615, le juge de première instance a écarté la preuve.

La présente affaire est semblable à l'affaire *Mellenthin*, dans laquelle la police avait intercepté une automobile à un point de vérification. Sans motifs lui permettant d'effectuer une fouille, la police a demandé au conducteur d'ouvrir un sac, qui s'est avéré contenir des stupéfiants. En l'espèce, la police a interpellé les appelants sans motif raisonnable et demandé au conducteur d'ouvrir l'arrière de la camionnette. Dans l'arrêt *Mellenthin*, notre Cour a conclu que la preuve n'aurait pas été découverte sans la participation de l'accusé résultant de la violation de ses droits garantis par la *Charte*. Cette preuve a été écartée.

Même si je n'étais pas d'accord avec le juge de première instance quant à l'incidence de la preuve sur l'équité du procès, sa décision devrait être maintenue. Le critère à appliquer n'est pas celui de la décision correcte. Dans *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, notre Cour a statué que la décision d'un juge de première instance quant à l'application du par. 24(2) ne devait pas être infirmée, sauf s'il a commis une erreur quant aux principes de droit applicables ou s'il est arrivé à une conclusion déraisonnable. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans son interprétation des principes applicables, et sa conclusion n'était pas déraisonnable.

La preuve n'aurait pas été découverte n'eût été la violation de la *Charte*. Dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, notre Cour a statué qu'une telle preuve aurait une incidence sur l'équité du procès si elle était utilisée, nonobstant le fait qu'il s'agissait d'une preuve matérielle. Compte tenu des arrêts *Mellenthin* et *Burlingham*, le juge de première instance a eu raison d'écarter la preuve.

Le juge de première instance n'a pas fait de commentaires sur les deuxième et troisième catégories énoncées dans l'arrêt *Collins*. À mon avis, la violation de la *Charte* était mineure, compte tenu de la bonne foi apparente de l'agent et du fait qu'il croyait avoir des motifs (toutefois insuffisants) d'interpeller les appelants.

In assessing the third category, the effect on the reputation of the administration of justice, it is of interest that the offence alleged is not a crime of violence or loss of property. However, smuggling contraband such as alcohol is a serious offence.

The seriousness of the alleged crime notwithstanding, this offence was not demonstrated on the facts. The *actus reus* is failing to report to the nearest customs office. It was conceded, as it had to be, that the appellants had not driven past any customs offices, nor were they driving away from the nearest customs office. The officer arrested the appellants before they had a chance to report to customs as required. An analogy might be a person being arrested in the hallway between an airplane off-ramp and the customs office and charged for failing to report to customs before he or she had a chance to do so.

In summary, the trial judge was correct in finding that the RCMP officer had no reasonable grounds to suspect that the truck driven by the appellants had contravened the *Customs Act*. Because of this, the detention of the appellants was arbitrary, in violation of s. 9 of the *Charter*. In addition, the subsequent search was unreasonable and violated s. 8 of the *Charter*. Lastly, the trial judge did not make an error as to the applicable principles of law under s. 24(2), nor was his finding unreasonable.

Since writing the above reasons I have reviewed the reasons of Justice Sopinka and agree with him.

The appeal should be allowed.

Appeal dismissed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: Norville T. Getty, Fredericton.

Pour l'évaluation de la troisième catégorie — l'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice — il est important que l'infraction en cause ne soit pas un crime violent ou qu'elle n'entraîne pas une perte de biens. Mais la contrebande de spiritueux n'en demeure pas moins une infraction grave.

La gravité de l'infraction mise à part, il n'a pas été établi à partir des faits qu'il y a eu infraction. L'*actus reus* est d'avoir fait défaut de se présenter au plus proche bureau de douane. On a admis, comme il se devait, que les appelants n'étaient pas passés sans s'arrêter à un bureau de douane, et qu'ils ne s'éloignaient pas non plus du plus proche bureau de douane. L'agent a interpellé les appelants avant qu'ils n'aient eu le temps de se soumettre à l'obligation de se présenter à la douane. On pourrait faire une analogie avec une personne qui se ferait arrêter dans le corridor reliant son avion et le poste de douane et qui se ferait accuser de ne pas s'être présentée à la douane avant même qu'il lui ait été possible de le faire.

Bref, le juge de première instance a eu raison de conclure que l'agent de la GRC n'avait pas de motifs raisonnables de soupçonner que la camionnette conduite par les appelants avait servi à commettre une infraction à la *Loi sur les douanes*. La détention des appelants était donc arbitraire et violait l'art. 9 de la *Charte*. De plus, la fouille effectuée par la suite était abusive et violait l'art. 8 de la *Charte*. Enfin, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation des principes de droit régissant l'application du par. 24(2), et sa conclusion n'était pas non plus déraisonnable.

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai examiné les motifs du juge Sopinka et je souscris à son opinion.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur des appelants: Norville T. Getty, Fredericton.

74

75

76

77

78

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General of Canada, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du
Canada, Halifax.*

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Jocelyn Guimond *Respondent*

INDEXED AS: GUIMOND v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 24625.

1996: May 27; 1996: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Class action — Authorization — Colour of right — Respondent sentenced to imprisonment after failing to pay fines — Respondent seeking authorization to proceed by class action to claim damages from government for breach of his constitutional rights and those of others in similar situation — Respondent alleging that statutory sentencing provisions infringing both Canadian and Quebec charters of rights — Whether authorization should be granted — Whether respondent failed to establish serious colour of right — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 1003(b).

The respondent was sentenced to imprisonment upon default of payment of fines for infractions to the Quebec *Highway Safety Code*. He spent 49 days in prison and, while on conditional release, he sought judicial authorization under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* to initiate a class action to claim damages for the alleged constitutional invalidity of his detention (and the detention of other members of the class), on the basis that the sentencing provisions of the *Code of Penal Procedure* and its precursor, the *Summary Convictions Act*, infringed the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. The respondent's actions sought both a declaration of constitutional invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and compensatory and moral damages under art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* and s. 24(1) of the *Canadian Charter*. The Superior Court judge rejected the respondent's application for authorization, one of the grounds being that the facts alleged did not seem to justify, *prima facie*, the

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

Jocelyn Guimond *Intimé*

RÉPERTORIÉ: GUIMOND c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 24625.

1996: 27 mai; 1996: 3 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Recours collectif — Autorisation — Apparence sérieuse de droit — L'intimé a été condamné à l'emprisonnement pour défaut de paiement d'amendes — L'intimé a demandé l'autorisation d'exercer un recours collectif sollicitant des dommages-intérêts contre le gouvernement pour violation de ses droits constitutionnels et de ceux d'autres personnes dans une situation analogue — L'intimé prétend que les dispositions législatives en matière de détermination de la peine portent atteinte tant à la charte canadienne des droits qu'à la charte québécoise — L'autorisation devrait-elle être accordée? — L'intimé a-t-il été incapable d'établir une apparence sérieuse de droit? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003(b).

L'intimé a été condamné à l'emprisonnement pour défaut de paiement d'amendes infligées pour des infractions au *Code de la sécurité routière* du Québec. Il a passé 49 jours en prison. Puis, pendant qu'il était en libération conditionnelle, il a demandé au tribunal de l'autoriser, en vertu de l'art. 1003 du *Code de procédure civile*, à intenter un recours collectif afin de réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice imputable à l'invalidité constitutionnelle dont aurait été frappée sa détention (et celle des autres membres du groupe), pour le motif que les dispositions concernant la détermination de la peine du *Code de procédure pénale* et de la loi antérieure, la *Loi sur les poursuites sommaires*, violaient la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'intimé a sollicité une déclaration d'invalidité constitutionnelle fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que des dommages-intérêts compensatoires et moraux en vertu de l'art. 1053 du *Code civil du Bas Canada* et du par. 24(1) de la *Charte*

conclusions sought. The majority of the Court of Appeal reversed the judgment.

Held: The appeal should be allowed.

One of the conditions set out in art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* to justify the bringing of a class action is, in para. (b), that “the facts alleged seem to justify the conclusions sought”. Under art. 1003(b), the judge is not called upon to determine the merits of the case but instead must exercise the discretion afforded to the Superior Court to decide whether the application has a “serious colour of right” for determination by the court. This condition will be met simply by showing a *prima facie* right. In this case, the crux of the respondent’s application is the claim for damages. The allegation of constitutional invalidity is merely a necessary prerequisite to this principal issue. An action for damages under the general law of civil damages will not generally lie against the government for damages arising from the enactment or enforcement of laws subsequently determined to be unconstitutional. As well, as a general rule, an action for damages under s. 24(1) of the Canadian *Charter* cannot be coupled with a declaratory action for invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The respondent based his claim for damages under s. 24(1) on a bare allegation of unconstitutionality. The facts in this case did not warrant a departure from the general rule. The Superior Court judge’s conclusion that the case failed to meet the threshold under art. 1003(b) of a “serious colour of right” was, therefore, a reasonable exercise of the discretion afforded to him under that article and accordingly ought not to have been interfered with.

Cases Cited

Referred to: *Berdah v. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417; *Pérusse v. Commissaires d’écoles de St-Léonard de Port-Maurice*, [1970] C.A. 324; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Québec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424; *Comité d’environnement de la Baie Inc. v. Société d’électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Gelmini v. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560; *Nagar v. Ville de*

canadienne. Le juge de la Cour supérieure a rejeté la demande de l’intimé, notamment pour le motif que les faits allégués ne semblaient pas justifier, à première vue, les conclusions recherchées. La Cour d’appel, à la majorité, a infirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une des conditions requises par l’art. 1003 du *Code de procédure civile* pour justifier l’exercice d’un recours collectif consiste, comme l’indique l’al. b), à démontrer que «les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées». En vertu de l’al. 1003b), le juge n’est pas appelé à se prononcer sur le fond de l’affaire, mais il doit plutôt exercer le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Cour supérieure à cet égard et décider si la demande a «une apparence sérieuse de droit». Pour respecter cette condition, il suffit de prouver l’existence d’un droit *prima facie*. En l’espèce, l’aspect déterminant de la demande de l’intimé est l’action en dommages-intérêts. La prétention d’inconstitutionnalité est simplement un préalable nécessaire à cette question principale. Généralement, l’adoption et l’application de textes de loi subséquentement jugés invalides ne donnent pas ouverture à une action en dommages-intérêts contre le gouvernement en vertu du droit général de la responsabilité civile. De même, en règle générale, une action en dommages-intérêts présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne* ne peut être jumelée à une action en déclaration d’invalidité fondée sur l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’intimé a appuyé sa réclamation en vertu du par. 24(1) en dommages-intérêts sur un simple argument d’inconstitutionnalité. En l’espèce, les faits ne justifiaient pas une dérogation à la règle générale. La conclusion du juge de la Cour supérieure que l’affaire ne respectait pas le critère préliminaire d’application de l’al. 1003b), savoir l’existence d’une «apparence sérieuse de droit», constituait donc un exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire que lui confère cette disposition, et, par conséquent, cette conclusion devait être respectée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Berdah c. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417; *Pérusse c. Commissaires d’écoles de St-Léonard de Port-Maurice*, [1970] C.A. 324; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S 424; *Comité d’environnement de la Baie Inc. c. Société d’électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Gelmini c. Procureur général du Québec*, [1982] C.A.

Montréal, [1988] R.J.Q. 2219, aff'd [1991] R.D.J. 604; *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; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Crown Trust Co. v. The Queen in right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 12, 24(1).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 24, 25.
Civil Code of Lower Canada, art. 1053.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 752, 847 [rep. 1983, c. 28, s. 34], 1003, 1004, 1005.
Code of Penal Procedure, R.S.Q., c. C-25.1, arts. 346, 347, 348, Schedule.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2.
Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15 [rep. 1990, c. 4], s. 63.10 [ad. 1982, c. 32, s. 9], Schedule A [*idem*, s. 22; am. 1982, c. 58, s. 62].

Authors Cited

Cooper-Stephenson, Ken. *Charter Damages Claims*. Toronto: Carswell, 1990.
 Ducharme, Louise, et Yves Lauzon. «Le recours collectif». Barreau du Québec: Formation permanente, 1985, n° 94.
 Dussault, René, et Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 5, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.
 Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Pilkington, Marilyn L. «Monetary Redress for Charter Infringement». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 307.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 380, 123 D.L.R. (4th) 236, reversing a judgment of the Superior Court rendered September 21, 1992, dismissing respondent's application for an authorization for a class action. Appeal allowed.

Claude Bouchard and Monique Rousseau, for the appellant.

Jacques Larochelle, for the respondent.

560; *Nagar c. Ville de Montréal*, [1988] R.J.Q. 2219, conf. par [1991] R.D.J. 604; *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; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Crown Trust Co. c. The Queen in right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 12, 24(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 24, 25.
Code civil du Bas Canada, art. 1053.
Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 752, 847 [abr. 1983, ch. 28, art. 34], 1003, 1004, 1005.
Code de procédure pénale, L.R.Q., ch. C-25.1, art. 346, 347, 348, annexe.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., ch. P-15 [abr. 1990, ch. 4], art. 63.10 [ad. 1982, ch. 32, art. 9], annexe A [*idem*, art. 22; mod. 1982, ch. 58, art. 62].

Doctrine citée

Cooper-Stephenson, Ken. *Charter Damages Claims*. Toronto: Carswell, 1990.
 Ducharme, Louise, et Yves Lauzon. «Le recours collectif». Barreau du Québec: Formation permanente, 1985, n° 94.
 Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. III, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.
 Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Pilkington, Marilyn L. «Monetary Redress for Charter Infringement». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 307.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 380, 123 D.L.R. (4th) 236, qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure rendu le 21 septembre 1992, qui avait rejeté la demande d'autorisation d'exercer un recours collectif présentée par l'intimé. Pourvoi accueilli.

Claude Bouchard et Monique Rousseau, pour l'appelant.

Jacques Larochelle, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

Le jugement de la Cour a été rendu par

¹ GONTHIER J. — At issue in this appeal is whether authorization ought to have been granted to proceed by way of class action under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, to claim damages from the government for breach of constitutional rights of the applicant respondent and others in a similar position, namely, persons who had been sentenced to imprisonment upon default of payment of fines under statutory sentencing provisions alleged to infringe the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. The appellant appeals from the decision of the court below, reversing the motion judge's denial of authorization for the class action.

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi porte sur le bien-fondé d'un refus d'autorisation selon l'art. 1003 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, d'exercer un recours collectif réclamant des dommages-intérêts contre le gouvernement pour violation des droits constitutionnels du requérant intimé et d'autres personnes dans une situation analogue, savoir des personnes qui, ayant fait défaut de payer des amendes, ont été condamnées à l'emprisonnement en vertu de dispositions législatives qui porteraient atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. L'appelant se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel qui a infirmé le refus du juge des requêtes d'autoriser le recours collectif.

I. Relevant Statutory Provisions

I. Les dispositions législatives pertinentes

² *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

1003. The court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

(a) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;

a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;

(b) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;

b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;

(c) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and

c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que

(d) the member to whom the court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

II. Facts

II. Les faits

³ Between March 17, 1986 and September 27, 1989, the respondent Jocelyn Guimond was convicted of 34 infractions of the Quebec *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2, and was sentenced to payment of fines and costs. He paid a few small fines but failed to agree to a repayment schedule for the others. In lieu of payment, community service was imposed but the respondent desisted after two days. He was subsequently served with notice under s. 346 of the *Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. C-25.1 ("*C.P.P.*"), that the Crown

Entre le 17 mars 1986 et le 27 septembre 1989, l'intimé, Jocelyn Guimond, a été déclaré coupable de 34 infractions au *Code de la sécurité routière* du Québec, L.R.Q., ch. C-24.2, et condamné au paiement d'amendes et de dépens. Il a payé quelques petites amendes, mais n'a pas consenti à un calendrier de paiement à l'égard des autres. Des travaux compensatoires lui ont été imposés pour tenir lieu de paiement, mais il a cessé de les exécuter après deux jours. On lui a par la suite signifié, en vertu de l'art. 346 du *Code de procédure*

intended to seek warrants of committal. Between March 12, 1990 and January 17, 1991, a justice of the peace issued 34 warrants of committal for the imprisonment of the respondent. He was sentenced under the *C.P.P.* (since amended) and its precursor, the *Summary Convictions Act*, R.S.Q., c. P-15, according to the formula set out in the Schedule to the *C.P.P.* and in Schedule A of the *Summary Convictions Act*. The term of imprisonment was calculated on the basis of the cumulative outstanding fines and costs plus three days of imprisonment for each offence committed as stipulated by art. 348 *C.P.P.* The respondent received consecutive sentences totalling 346 days of imprisonment which he commenced serving on February 8, 1991. He spent 49 days in prison, and the remainder of his sentence was satisfied on conditional release. The respondent never contested nor appealed his conviction nor his sentence, nor did he apply for *habeas corpus*.

On June 21, 1991, while on conditional release, the respondent sought judicial authorization under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* to initiate a class action for the purpose of obtaining damages to redress the alleged constitutional invalidity of his detention (and the detention of other members of the class), on the basis that the term of detention, as calculated under s. 348 *C.P.P.*, contravened ss. 7, 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter the "*Charter*") and ss. 1, 24 and 25 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. The respondent's action sought both a declaration of constitutional invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and compensatory and moral damages, under art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* and s. 24(1) of the *Charter*, in the amount of \$300 per day of imprisonment for himself and each person likewise imprisoned for non-payment of fines, a group estimated to number 50,000.

pénale, L.R.Q., ch. C-25.1 («*C.P.P.*»), un avis portant que le ministère public avait l'intention de demander des mandats d'emprisonnement. Entre le 12 mars 1990 et le 17 janvier 1991, un juge de paix a décerné 34 mandats d'emprisonnement visant l'intimé. Les peines infligées l'ont été en application du *C.P.P.* (modifié depuis) et de la loi antérieure, la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., ch. P-15, conformément à la formule établie dans l'annexe du *C.P.P.* et dans l'annexe A de la *Loi sur les poursuites sommaires*. La période d'emprisonnement a été calculée en fonction du total des amendes et dépens impayés, majorée de trois jours d'emprisonnement pour chaque infraction, comme le prévoit l'art. 348 *C.P.P.* L'intimé s'est vu imposer des peines consécutives totalisant 346 jours d'emprisonnement, qu'il a commencé à purger le 8 février 1991. Après avoir passé 49 jours en prison, il a purgé le reste de sa peine en libération conditionnelle. L'intimé n'a jamais contesté la déclaration de culpabilité ou la peine prononcée contre lui, ni interjeté appel contre ces décisions, et il n'a pas non plus demandé de bref d'*habeas corpus*.

Le 21 juin 1991, pendant qu'il était en libération conditionnelle, l'intimé a demandé au tribunal de l'autoriser, en vertu de l'art. 1003 du *Code de procédure civile*, à intenter un recours collectif afin d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice imputable à l'invalidité constitutionnelle dont aurait été frappée sa détention (et celle des autres membres du groupe), pour le motif que la période de détention, calculée conformément à l'art. 348 *C.P.P.*, violait les art. 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la «*Charte*»), et les art. 1, 24 et 25 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'intimé a sollicité une déclaration d'invalidité constitutionnelle fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que le paiement, en vertu de l'art. 1053 du *Code civil du Bas Canada* et du par. 24(1) de la *Charte*, de dommages-intérêts compensatoires et moraux, correspondant à 300 \$ par jour d'emprisonnement pour lui-même et pour chaque autre personne du groupe ayant été emprisonnée comme lui pour non-paiement d'amendes, groupe dont le nombre est estimé à 50 000 personnes.

5 On September 21, 1992, Pelletier J. of the Superior Court of Quebec rejected the respondent's application for authorization on the basis that a class action would not be an appropriate vehicle in this instance, as the respondent could easily challenge the facial validity of the statute on his own behalf for the benefit of the entire class; and further that the facts alleged did not seem to justify, *prima facie*, the conclusions sought, i.e., the respondent had failed to establish a good colour of right.

6 On January 25, 1995, the Quebec Court of Appeal reversed: [1995] R.J.Q. 380, 123 D.L.R. (4th) 236. Bisson J.A. (Rousseau-Houle J.A. concurring) held that authorization under art. 1003 should be granted and that the matter should be remitted to the Superior Court for determination of further procedural matters under arts. 1004 and 1005 of the *Code of Civil Procedure*. Bisson J.A. concluded that a class action was appropriate in this instance in that it did raise an appearance of right to claim damages for breach of *Charter* guarantees. Delisle J.A. agreed in part with the reasons of Bisson J.A., but dissented on the grounds that there was no appearance of right in this instance, as a declaration of legislative invalidity could not subsequently give rise to the liability of the Attorney General.

7 Leave to appeal to this Court was granted on June 1, 1995, [1995] 2 S.C.R. viii.

III. Issues

8 The issues raised may be framed as follows:

1. Did the Court of Appeal err in law in holding that the facts alleged by the respondent seem to justify the conclusions sought in accordance with art. 1003(b) of the *Code of Civil Procedure*?
2. Did the Court of Appeal err in law in holding that the recourses of the individual members

Le 21 septembre 1992, le juge Pelletier de la Cour supérieure du Québec a rejeté la demande d'autorisation de l'intimé, d'une part pour le motif qu'un recours collectif n'était pas un recours approprié en l'espèce, étant donné que l'intimé pouvait facilement contester pour son propre compte la validité apparente de la loi, au bénéfice de tout le groupe, et, d'autre part, pour le motif que les faits allégués ne semblaient pas justifier, à première vue, les conclusions recherchées, c.-à-d. l'intimé n'avait pas établi une apparence sérieuse de droit.

Le 25 janvier 1995, la Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision: [1995] R.J.Q. 380. Le juge Bisson, (avec l'appui du juge Rousseau-Houle) a conclu que l'autorisation visée à l'art. 1003 devait être accordée et que l'affaire devait être renvoyée à la Cour supérieure pour qu'elle statue sur d'autres aspects procéduraux prévus aux art. 1004 et 1005 du *Code de procédure civile*. Le juge Bisson a conclu qu'un recours collectif était approprié dans la présente affaire, car celle-ci soulevait effectivement une apparence de droit donnant ouverture à une action en dommages-intérêts pour violation des garanties prévues par la *Charte*. Le juge Delisle a souscrit en partie aux motifs du juge Bisson, mais il a exprimé sa dissidence pour le motif qu'il n'y avait pas apparence de droit en l'espèce, puisque la déclaration d'inconstitutionnalité d'une mesure législative ne pourrait pas entraîner subséquemment la responsabilité du procureur général.

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 1^{er} juin 1995, [1995] 2 R.C.S. viii.

III. Les questions en litige

Les questions en litige peuvent être formulées ainsi:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant, conformément à l'al. 1003b) du *Code de procédure civile*, que les faits allégués par l'intimé semblent justifier les conclusions recherchées?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant, conformément à l'al. 1003a)

raise identical, similar or related questions of law or fact in accordance with art. 1003(a) of the *Code of Civil Procedure*?

3. Did the Court of Appeal err in holding that the respondent is in a position to represent the members of the designated class adequately in accordance with art. 1003(d) of the *Code of Civil Procedure*?
4. Should the four criteria of art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* be satisfied, does there exist a discretion to deny authorization for a class action seeking a declaration of constitutional invalidity?

In addition, the following constitutional questions were stated on November 17, 1995:

1. Do s. 63.10 and Schedule "A" of the *Summary Convictions Act*, R.S.Q., c. P-15 — which were in force until September 30, 1990 — and ss. 347 and 348 and the schedule of the *Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. C-25.1 — as they read until October 31, 1993 — concerning the imprisonment of a defendant who has failed to pay a fine — infringe the rights guaranteed by ss. 7, 9 or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, are they limits prescribed by law that can be demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

As the court below also recognized, the crux of the respondent's application is the claim for damages. The allegation of constitutional invalidity is merely a necessary prerequisite to this principal issue. The authorization for the class action is, therefore, focussed on the issue of damages, the availability of which is raised squarely under art. 1003(b) and is determinative of this appeal. This paragraph is thus the appropriate starting point for the analysis of the issues raised. Since I reach the conclusion that the question addressed with respect to art. 1003(b) is to be answered in the affirmative, it will not be necessary to canvass the subsequent issues.

du *Code de procédure civile*, que les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes?

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant, conformément à l'al. 1003d) du *Code de procédure civile*, que l'intimé est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe désigné?
4. Si les quatre critères de l'art. 1003 du *Code de procédure civile* sont respectés, le tribunal a-t-il le pouvoir discrétionnaire de refuser d'autoriser un recours collectif sollicitant une déclaration d'inconstitutionnalité?

En outre, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 17 novembre 1995:

1. L'article 63.10 et l'annexe «A» de la *Loi sur les poursuites sommaires* (L.R.Q., ch. P-15) — qui étaient en vigueur jusqu'au 30 septembre 1990 —, de même que les articles 347, 348 et l'annexe du *Code de procédure pénale* (L.R.Q. ch. C-25.1) — tels qu'ils se lisaient jusqu'au 31 octobre 1993 —, et qui concernent l'emprisonnement d'un défendeur ayant fait défaut de payer une amende — contreviennent-ils aux droits garantis par les art. 7, 9 ou 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il de limites prescrites par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

Comme l'a également reconnu la Cour d'appel, l'aspect déterminant de l'action de l'intimé est la demande en dommages-intérêts. La prétention d'inconstitutionnalité est simplement un préalable nécessaire à cette question principale. L'autorisation pour le recours collectif est donc centrée sur la demande en dommages-intérêts, réparation dont la disponibilité est carrément invoquée en vertu de l'al. 1003b) et constitue un aspect déterminant en l'espèce. Cet alinéa est donc le point de départ approprié pour l'analyse des questions soulevées. Comme j'arrive à la conclusion que la question concernant l'al. 1003b) doit recevoir une réponse affirmative, il ne sera pas nécessaire d'examiner les autres questions.

IV. Analysis

9

Central to this appeal is the application of art. 1003(b) of the *Code of Civil Procedure*. This article has been interpreted previously both by this Court and the Court of Appeal of Quebec. The principles governing its application were summarized by Brossard J.A., for a unanimous court, in *Berdah v. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417 (C.A.), at pp. 420-21:

[TRANSLATION] One of the conditions set out in art. 1003(b) C.C.P. to justify the bringing of a class action is that “the facts alleged seem to justify the conclusions sought”. It is now well settled that this provision merely requires proof of a good colour of right. The court need not be convinced that the claim is valid; rather, as with an injunction, this condition will be met simply by showing a *prima facie* right (*Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424; *Desmeules v. Hydro-Québec*, [1987] R.J.Q. 428 (Sup. Ct.); *Lasalle v. Kaplan*, C.A. Mtl. 500-09-300905-851, January 19, 1988 (J.E. 88-310) (12 Q.A.C. 44)).

And later, in dismissing the appeal against the decision of the Superior Court to deny authorization for a class action, Brossard J.A. concluded (at p. 422):

[TRANSLATION] In short, given all the special circumstances of this case, and without necessarily endorsing all the grounds relied upon by the trial judge in making his decision, it seems to me that this is a case where the Superior Court did not improperly exercise the relative discretion conferred upon it by statute when it denied authorization to bring a class action and that, accordingly, there is no reason to intervene against the judgment rendered.

As Brossard J.A. observed, a parallel can be drawn between the Superior Court’s exercise of discretion in requests for interlocutory injunctive relief and the court’s decision-making power under art. 1003(b). The threshold the applicant must meet to obtain an interlocutory injunction, as set out by art. 752 of the *Code of Civil Procedure*, was canvassed by the Court of Appeal in *Pérusse v. Com-*

IV. Analyse

L’application de l’al. 1003b) du *Code de procédure civile* est au cœur du présent pourvoi. Notre Cour et la Cour d’appel du Québec ont déjà interprété cet alinéa. Le juge Brossard, au nom de la Cour d’appel du Québec à l’unanimité, a résumé les principes régissant son application dans l’arrêt *Berdah c. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417 (C.A.), aux pp. 420 et 421:

L’une des conditions édictées par l’article 1003b) C.P. pour justifier l’utilisation de l’exercice d’un recours collectif est que «les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées». La jurisprudence est aujourd’hui bien établie que cette disposition n’exige que la preuve d’un droit d’action qui paraisse sérieux. Il ne s’agit pas pour le tribunal d’être convaincu du bien-fondé de la réclamation mais, comme en matière d’injonction, l’allégation d’un droit *prima facie* suffit à respecter cette condition (*Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424; *Desmeules c. Hydro-Québec*, [1987] R.J.Q. 428 (C.S.); *Lasalle c. Kaplan*, C.A.M. n° 500-09-300905-851, le 19 janvier 1988 (J.E. 88-310) (12 Q.A.C. 44)).

Plus loin, rejetant l’appel formé contre le refus de la Cour supérieure d’autoriser l’exercice d’un recours collectif, le juge Brossard a conclu ainsi (à la p. 422):

Bref, vu l’ensemble des circonstances particulières de l’espèce, et sans nécessairement endosser tous les motifs invoqués par le premier juge pour ce faire, il me paraît qu’il s’agit d’un cas où la Cour supérieure n’a pas mal exercé le degré relatif de discrétion que la loi lui confère, en refusant l’autorisation d’intenter un recours collectif, et qu’il n’y a pas lieu en conséquence d’intervenir à l’encontre du jugement entrepris.

Comme l’a fait observer le juge Brossard, il est possible de faire une analogie entre l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour supérieure dans des requêtes en injonction interlocutoire et le pouvoir décisionnel dont cette cour dispose en vertu de l’al. 1003b). Le critère préliminaire que doit satisfaire le requérant pour obtenir une injonction interlocutoire, qui est énoncé à l’art. 752 du *Code de*

missaires d'écoles de St-Léonard de Port-Maurice, [1970] C.A. 324, at pp. 329-30:

[TRANSLATION] The judge from whom it is sought cannot either allow it or refuse it by giving the evidence submitted to him, at this stage, the effect of final evidence adduced for a decision on the merits of the action; he should only weigh the evidence so that he can decide whether the applicant does or does not appear to have a good and valid right to enforce: as to the right, the applicant is entitled to have the respondent refrain from or cease performing a given operation if there is a good colour of right; and as to the consequences of granting or refusing the injunction, the judge will be guided in arriving at his interlocutory decision by the serious likelihood that, one way or another, a situation of fact or of law will occur which cannot be remedied by the final judgment.

This passage was quoted by Chouinard J. in *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424. In that case, this Court observed that the Court of Appeal had erred in drawing a parallel between art. 1003(b) and art. 847 of the *Code of Civil Procedure* which governs the remedy of evocation and which imports a higher threshold than art. 752, one which requires that “the facts alleged justify the conclusions sought”. Despite the similarity in wording between arts. 1003(b) and 847, Chouinard J. noted a crucial difference (at p. 429):

The words “seem to justify” and “justify” cannot have the same effect unless the presence of the verb “to seem” in the first phrase is disregarded. This is where the reference to the passage cited from the opinion of Brossard J.A. in *St-Léonard*, *supra*, has its application, as to the meaning to be given to the verb “to seem”, as in my opinion it applies equally in the context of art. 1003. The legislator intended the Court to reject entirely any frivolous or manifestly improper action, and authorize only those in which the facts alleged disclose a good colour of right.

I conclude, therefore, that the phrase “seem to justify” means that there must be in the judge’s view a good colour of right in order for him to authorize the action, though he is not thereby required to make any determi-

procédure civile, a été examiné par la Cour d’appel dans *Pérusse c. Commissaires d’écoles de St-Léonard de Port-Maurice*, [1970] C.A. 324, aux pp. 329 et 330:

Le juge auquel elle est demandée ne peut, soit pour l’accorder, soit pour la refuser, donner à la preuve qui lui est présentée, à ce stade, l’effet d’une preuve finale offerte pour adjudication sur le mérite de l’action; il lui suffit de l’apprécier de façon à être en mesure de décider si le requérant paraît ou ne paraît pas avoir un droit sérieux et valable à faire valoir; quant au droit, c’est sur une apparence sérieuse du droit du requérant à obtenir que le poursuivi s’abstienne ou cesse de faire une opération déterminée, et quant aux conséquences de l’octroi ou du refus de l’injonction, c’est sur la probabilité sérieuse que, dans un sens ou dans l’autre, il se produira un état de fait ou de droit auquel le jugement final ne pourra remédier, que le juge doit se guider pour rendre sa décision interlocutoire.

Le juge Chouinard cite cet extrait dans *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424. Dans cet arrêt, notre Cour note que la Cour d’appel a commis une erreur en faisant une analogie entre l’al. 1003b) et l’art. 847 du *Code de procédure civile* qui régit le recours en évocation et fixe un critère préliminaire plus exigeant que l’art. 752, soit celui que «les faits allégués justifient les conclusions recherchées». Malgré la similarité entre le texte de l’al. 1003b) et celui de l’art. 847, le juge Chouinard souligne une différence fondamentale (à la p. 429):

Les mots «paraissent justifier» et «justifient» ne peuvent avoir la même portée à moins que dans la première expression l’on ne tienne pas compte de la présence du verbe paraître. Et c’est ici que le renvoi au passage cité de l’opinion du juge Brossard dans l’arrêt *St-Léonard*, précité, est utile sur le sens à donner au verbe paraître qui sied à mon avis tout aussi bien dans le contexte de l’art. 1003. Le législateur a voulu que le tribunal écarte d’emblée tout recours frivole ou manifestement mal fondé et n’autorise que ceux où les faits allégués dévoilent une apparence sérieuse de droit.

Je conclus donc que l’expression «paraissent justifier» signifie qu’il doit y avoir aux yeux du juge une apparence sérieuse de droit pour qu’il autorise le recours, sans pour autant qu’il ait à se prononcer sur le

nation as to the merits in law of the conclusions, in light of the facts alleged. [Emphasis added.]

Rothman J.A. reiterated this principle in *Comité d'environnement de la Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.), at p. 661:

In order to justify the granting of authorization, therefore, it is sufficient if the facts alleged by the applicant in the motion indicate a serious colour of right (*une apparence sérieuse de droit*) for determination by the Court.

11 It is clear that the better parallel may be drawn with art. 752 of the *Code of Civil Procedure*. Under art. 1003(b) as with interlocutory injunctive relief, the judge is not called upon to determine the merits of the case but instead must exercise the discretion afforded to the Superior Court to decide whether the application has "*une apparence sérieuse de droit*".

12 The existence of the discretion to deny authorization on the basis that the case lacks "*une apparence sérieuse de droit*" is not inconsistent with the jurisprudence and academic commentary to the effect that the language of art. 1003 is mandatory: once the four conditions of the provision are met, the authorization must issue. See *Gelmini v. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560; *Nagar v. Ville de Montréal*, [1988] R.J.Q. 2219 (Sup. Ct.), aff'd [1991] R.D.J. 604 (C.A.); L. Ducharme and Y. Lauzon, "Le recours collectif", in *Formation permanente du Barreau du Québec*, No. 94, 1985. The discretion resides in the determination of whether the case meets the threshold of art. 1003, namely whether the case possesses "*une apparence sérieuse de droit*" and not whether having established the necessary criteria, the applicant may nonetheless be denied authorization on the basis of diverse arguments of appropriateness or convenience. The question to be decided by this Court in this appeal is, therefore, whether Pelletier J.'s exercise of his discretion to deny authorization to the respondent was reasonable in the circumstances.

bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués. [Je souligne.]

Le juge Rothman réitère ce principe dans *Comité d'environnement de la Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.), à la p. 661:

[TRANSLATION] En conséquence, pour justifier l'octroi de l'autorisation, il suffit que les faits allégués par le requérant dans sa requête indiquent une apparence sérieuse de droit sur laquelle doit se prononcer la cour.

Il est clair que c'est l'art. 752 du *Code de procédure civile* qui offre la meilleure analogie. En vertu de l'al. 1003b), tout comme dans le cas de l'injonction interlocutoire, le juge n'est pas appelé à se prononcer sur le fond de l'affaire, mais il doit plutôt exercer le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Cour supérieure à cet égard et décider si la demande a «une apparence sérieuse de droit».

L'existence du pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation parce que les faits ne révèlent pas «une apparence sérieuse de droit» n'est pas incompatible avec la jurisprudence et la doctrine qui veulent que le texte de l'art. 1003 ait un caractère impératif: dès que les quatre conditions de la disposition sont respectées, l'autorisation doit être accordée. Voir *Gelmini c. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560; *Nagar c. Ville de Montréal*, [1988] R.J.Q. 2219 (C.S.), conf. par [1991] R.D.J. 604 (C.A.); L. Ducharme et Y. Lauzon, «Le recours collectif», dans *Formation permanente du Barreau du Québec*, n° 94, 1985. Le pouvoir discrétionnaire réside dans le fait de déterminer si la réclamation respecte le critère préliminaire prévu à l'art. 1003, c'est-à-dire si elle présente «une apparence sérieuse de droit», et non de déterminer si, bien que l'appelant ait satisfait aux conditions requises, il est néanmoins possible de lui refuser l'autorisation demandée pour diverses raisons fondées sur le caractère approprié ou pratique du recours. La question que notre Cour est appelée à trancher dans le présent pourvoi est donc de savoir si le juge Pelletier a exercé, d'une façon raisonnable dans les circonstances, son pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation à l'intimé.

In approaching this question, it is helpful to review briefly the authorities on the liability of the Crown for damages arising from the enactment of laws subsequently determined to be unconstitutional. The general principle, that an action in tort for civil damages will not lie, was enunciated clearly in this Court's decision in *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957. In that case, the plaintiff company commenced work on certain lands on the basis of a municipal zoning by-law passed by the defendant municipality. The by-law was subsequently declared *ultra vires*, and the company sought damages against the municipality. This Court rejected the action in negligence. As Laskin J. (as he then was) reasoned for the Court, at p. 969:

In exercising [a discretionary legislative] authority, a municipality (no less than a provincial Legislature or the Parliament of Canada) may act beyond its powers in the ultimate view of a Court, albeit it acted on the advice of counsel. It would be incredible to say in such circumstances that it owed a duty of care giving rise to liability in damages for its breach. "Invalidity is not the test of fault and it should not be the test of liability": see Davis, 3 *Administrative Law Treatise*, 1958, at p. 487.

The principle was reiterated by this Court in *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42. As Delisle J.A. observed in his dissenting reasons in the court below, at p. 253 D.L.R.:

[TRANSLATION] In terms of the civil law, there is no doubt that the Crown is not negligent when it enacts a law that is subsequently declared invalid, any more than the public official who attends to its implementation. In *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan* (1978), 88 D.L.R. (3d) 609, [1979] 1 S.C.R. 42, 6 C.C.L.T. 265, Martland J., on behalf of the court, said the following about a government official's enforcement of legislation that is subsequently held to be *ultra vires* (at p. [90 S.C.R.]):

In my opinion it would be unfortunate, in a federal state such as Canada, if it were to be held that a gov-

Dans l'examen de cette question, il est utile de revoir brièvement la jurisprudence et la doctrine sur la responsabilité de l'État pour les dommages découlant de l'adoption de lois subséquemment jugées inconstitutionnelles. Le principe général selon lequel de telles situations ne donnent pas ouverture à des poursuites en responsabilité civile délictuelle en vue d'obtenir des dommages-intérêts est énoncé clairement dans l'arrêt de notre Cour *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957. Dans cette affaire, la société demanderesse avait commencé des travaux sur certains terrains, en s'appuyant sur un règlement municipal de zonage pris par la municipalité défenderesse. Le règlement est par la suite déclaré invalide et la société réclame des dommages-intérêts à la municipalité. Notre Cour rejette l'action en négligence. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) fait le raisonnement suivant au nom de la Cour, à la p. 969:

Elle [la municipalité] peut alors [dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire] (tout comme une législature provinciale ou le Parlement du Canada) excéder ses pouvoirs, ainsi que le penserait finalement un tribunal, bien qu'elle ait suivi le conseil d'avocats. Dans ces circonstances, il serait inconcevable qu'on puisse dire qu'elle a une obligation de diligence qui entraîne sa responsabilité pour dommages si elle y manque. «L'invalidité n'est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité»: voir Davis, 3 *Administrative Law Treatise*, 1958, p. 487.

Notre Cour reprend ce principe dans *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42. Comme le fait remarquer le juge Delisle dans ses motifs de dissidence en Cour d'appel, à la p. 391:

Sur le plan du droit civil, il ne fait aucun doute que l'État ne commet pas une faute en adoptant une loi qui sera par la suite déclarée invalide, pas plus que le fonctionnaire qui voit à son application. Dans *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, le juge Martland, s'exprimant au nom de la Cour, déclare au sujet de l'application par un fonctionnaire d'une loi déclarée par la suite *ultra vires* (à la p. [90 R.C.S.]):

À mon avis, il serait malheureux de décider, dans un état fédéral comme le Canada, qu'un fonctionnaire

ernment official, charged with the enforcement of legislation, could be held to be guilty of intimidation because of his enforcement of the statute whenever a statute whose provisions he is under a duty to enforce is subsequently held to be *ultra vires*.

14

Professor Cooper-Stephenson, in his text *Charter Damages Claims* (1990), at pp. 330-32, has interpreted these cases as establishing a "claim of right" defence to civil damages claims arising from legislation which had been declared constitutionally invalid. He submits that these cases endorse a qualified immunity from tort claims where governmental actors have committed a good faith and reasonable error in enforcing legislation which is subsequently found to violate the Constitution. Dussault and Borgeat extend this argument to its logical conclusion stating, in their treatise, *Administrative Law* (2nd ed. 1990), vol. 5, that Parliament itself enjoys the immunity (at p. 177):

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.]

15

Of course, with the enactment of the *Charter*, a plaintiff is not limited to an action for damages under the general law of civil liability but could, in theory, seek compensatory and punitive damages as an "appropriate and just" remedy under s. 24(1). Academic commentators have generally been of the view that the "claim of right" doctrine applies with equal force under s. 24(1). As M. L. Pilkington argued in her article on "Monetary Redress for *Charter* Infringement", in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), 307, at pp. 319-20:

chargé de l'application d'une loi peut être déclaré coupable d'intimidation parce qu'il cherche à faire respecter une loi qui est déclarée *ultra vires* par la suite.

Dans son ouvrage *Charter Damages Claims* (1990), aux pp. 330 à 332, le professeur Cooper-Stephenson interprète ces arrêts et affirme qu'ils établissent une défense fondée sur le droit d'agir (*claim of right*) opposable en cas de poursuites civiles en dommages-intérêts découlant de l'application de mesures législatives subséquentement déclarées inconstitutionnelles. Il prétend que ces arrêts appuient l'existence d'une immunité restreinte à l'encontre des actions en responsabilité civile délictuelle lorsque des fonctionnaires de l'État ont commis de bonne foi une erreur raisonnable en appliquant des mesures législatives subséquentement déclarées inconstitutionnelles. Dussault et Borgeat ont poussé cet argument jusqu'à sa conclusion logique en disant, dans leur *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, que le Parlement lui-même jouit de l'immunité (à la p. 959):

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.]

Il va de soi que, depuis l'adoption de la *Charte*, un demandeur ne dispose pas uniquement d'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). Les auteurs ont généralement été d'avis que la doctrine du «droit d'agir» s'applique avec la même force aux actions fondées sur le par. 24(1). Comme l'a affirmé M. L. Pilkington, dans son article intitulé «Monetary Redress for *Charter* Infringement», dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), 307, aux pp. 319 et 320:

In assessing whether a remedy is appropriate and just, a court must consider not only the need to implement the guarantees of the Charter, but also the need to do so without unduly interfering with the effective operation of government.

A qualified immunity for government officials is a means of balancing the protection of constitutional rights against the needs of effective government, or, in other words, determining whether a remedy is appropriate and just in the circumstances. A government official is obliged to exercise power in good faith and to comply with “settled, indisputable” law defining constitutional rights. However, if the official acts reasonably in the light of the current state of the law and it is only subsequently determined that the action was unconstitutional, there will be no liability. To hold the official liable in this latter situation might “deter his willingness to execute his office with the decisiveness and judgment required by the public good”. [Emphasis added.]

Professor Garant concludes in *Droit administratif* (3rd ed. 1991), vol. 2, at p. 487:

[TRANSLATION] It seems that there is no right to obtain a compensatory remedy from the government where the Charter violation results from a statute that is declared unconstitutional.

The jurisprudence under the *Charter* also supports this view. In the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court relied in part on the “*de facto* doctrine” to maintain “rights, obligations and other effects” arising under unilingual legislation ruled unconstitutional. As the Court defined the doctrine, at pp. 756 and 757:

“The rule of law is that acts of a person assuming to exercise the functions of an office to which he has no legal title are, as regards third persons, . . . legal and binding.”

Thus the *de facto* doctrine will save those rights, obligations and other effects which have arisen out of actions performed pursuant to invalid Acts of the Manitoba Legislature by public private bodies corporate, courts,

[TRANSLATION] Pour déterminer si une réparation est convenable et juste, le tribunal doit examiner non seulement la nécessité d’appliquer les garanties prévues par la Charte, mais aussi la nécessité de le faire sans entraver de façon excessive le bon fonctionnement du gouvernement.

L’immunité restreinte accordée aux fonctionnaires de l’État est un moyen d’établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d’avoir un gouvernement efficace, ou, en d’autres mots, de déterminer si une réparation est convenable et juste dans les circonstances. Les fonctionnaires de l’État sont tenus d’exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit «établies et incontestables» qui définissent les droits constitutionnels. Cependant, si un fonctionnaire agit raisonnablement eu égard à l’état du droit et qu’après coup seulement son acte est jugé inconstitutionnel sa responsabilité ne sera pas engagée. Conclure à la responsabilité du fonctionnaire dans cette dernière situation pourrait «inhiber sa volonté d’exécuter ses fonctions avec l’esprit de décision et le jugement que requiert le bien public». [Je souligne.]

Dans *Droit administratif* (3^e éd. 1991), vol. 2, le professeur Garant conclut ainsi, à la p. 487:

Il semble qu’il n’y a pas lieu à réparation indemnitaire de la part de l’État lorsque la violation de la Charte résulte d’une loi déclarée inconstitutionnelle.

La jurisprudence relative à la *Charte* appuie également cette opinion. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, notre Cour se fonde en partie sur «le principe de la validité *de facto*» pour maintenir les «droits, obligations et autres effets» découlant de lois unilingues déclarées inconstitutionnelles. La Cour définit ainsi ce principe, aux pp. 756 et 757:

«Suivant la primauté du droit, les actes de celui qui assume l’exercice d’une charge à laquelle il n’a légalement aucun droit sont, à l’égard des tiers, [. . .] légaux et ont force obligatoire.»

Ainsi, le principe de la validité *de facto* permettra de sauver les droits, obligations et autres effets ayant découlé des actes accomplis, conformément à des lois invalides du Manitoba, par des corps publics ou privés;

judges, persons exercising statutory powers and public officials. Such rights, obligations and other effects are, and will always be, enforceable and unassailable.

des tribunaux, des juges, des personnes exerçant des pouvoirs légaux et des officiers publics. Ces droits, obligations et autres effets sont et seront toujours exécutoires et incontestables.

17 The Divisional Court of Ontario in *Crown Trust Co. v. The Queen in right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41, at pp. 48-49, applied the *de facto* doctrine to deny an action for *Charter* damages arising from an unconstitutional statute. As Henry J. explained:

Dans *Crown Trust Co. c. The Queen in right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41, aux pp. 48 et 49, la Cour divisionnaire de l'Ontario applique le principe de la validité *de facto* pour rejeter une action en dommages-intérêts présentée en vertu de la *Charte* et découlant de l'application d'une loi déclarée inconstitutionnelle. Comme l'explique le juge Henry:

[W]e consider the law to be clear that no cause of action exists for the conduct of the appellants as agents and representatives of the registrar when acting within the authority of the legislation in the absence of any allegation of wrongful conduct, bad faith, negligence or collateral purpose. The statutes are to be given full force and effect until set aside.

[TRADUCTION] [N]ous estimons que le droit est clair: il n'existe aucune cause d'action à l'égard de la conduite des appelants à titre de mandataires et de représentants du registraire lorsqu'ils agissaient dans les limites du pouvoir conféré par la loi, en l'absence de toute allégation de comportement fautif, de mauvaise foi, de négligence ou de poursuite d'une fin secondaire. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et effet tant qu'elles ne sont pas invalidées.

18 It is against this backdrop that the comments of Lamer C.J. in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720, are read:

C'est sur cette toile de fond qu'il faut lire les commentaires formulés par le juge en chef Lamer dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la 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.

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.

19 Although it cannot be said that damages can never be obtained following a declaration of constitutional invalidity, it is true, as a general rule, that an action for damages under s. 24(1) of the *Charter* cannot be coupled with a declaratory action for invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The respondent based his claim for damages under s. 24(1) on a bare allegation of unconstitutionality. The facts did not warrant a departure from the general rule. Pelletier J.'s conclusion that the case failed to meet the threshold under art. 1003(b) of "*une apparence sérieuse de droit*" was, therefore, a reasonable exercise of the discretion afforded to him under that article and

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*. L'intimé a appuyé la réclamation en dommages-intérêts qu'il a présentée en vertu du par. 24(1) sur un simple argument d'inconstitutionnalité. Les faits ne justifiaient pas une dérogation à la règle générale. La conclusion du juge Pelletier que l'affaire ne respectait pas le critère préliminaire prévu à l'al.

accordingly, ought not to have been interfered with. It follows that the appeal should be allowed with costs throughout.

Having decided that Pelletier J. had a discretion under art. 1003(b) to deny authorization and that he exercised it reasonably, it is not necessary to consider the other paragraphs of art. 1003. Furthermore, while it is true that it is not necessary to pursue a class action to obtain a declaration of constitutional invalidity and therefore, that it is generally undesirable to do so, it is not necessary, in this case, to canvass whether or not there resides a residual discretion to deny authorization should the constituent criteria of art. 1003 be met.

In light of the foregoing, the answer to the first question is yes. It is not necessary to answer the second, third and fourth questions nor the constitutional questions stated in this case.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Québec.

Solicitors for the respondent: Jacques Larochelle and René Vallerand, Québec.

1003b), savoir l'existence d'«une apparence sérieuse de droit», constituait donc un exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire que lui confère cette disposition, et, par conséquent, elle devait être respectée. Il s'ensuit que le pourvoi doit être accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Ayant décidé que le juge Pelletier avait, en vertu de l'al. 1003b), le pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation demandée, et qu'il a exercé ce pouvoir de manière raisonnable, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres alinéas de l'art. 1003. De plus, même s'il est exact qu'il n'est pas nécessaire d'exercer un recours collectif pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité et qu'il est donc en général peu souhaitable de suivre cette voie, il n'y a pas lieu, en l'espèce, de se pencher sur la question de savoir s'il existe un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser une autorisation si les conditions prévues par l'art. 1003 sont respectées.

Pour ces motifs, la réponse à la première question est oui. Il n'est pas nécessaire de répondre aux deuxième, troisième et quatrième questions, ni aux questions constitutionnelles formulées en l'espèce.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: Le ministère de la Justice, Québec.

Procureurs de l'intimé: Jacques Larochelle et René Vallerand, Québec.

20

21

R.M.G. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. G. (R.M.)

File No.: 24709.

1996: June 20; 1996: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Trial — Charge to jury — Sexual assault — Defence denying assault and providing both reasons for possible fabrication of accusation and an alibi to some alleged incidents — Trial judge charging jury only with issue of who perpetrated assault — On objection, jury recharged on whether an assault occurred and then on the issue of who perpetrated the alleged assault — Whether charge and recharge adequately dealt with theory of defence.

Trial — Exhortation to jury — Jury hung — Trial judge urging jury to consider the public expense of a new trial, the inconvenience to all participants, the hardship to the accused and the complainant and suggesting that the minority might want to reconsider what the majority were saying — Guilty verdict rendered short time later — Whether exhortation objectionable or improper.

Trial — Verdict — Standard for setting aside verdict — Whether standard with respect to exhortation should be any ground there was a miscarriage of justice (s. 686(1)(a)(iii)) or whether it should focus on whether an error of law was committed (s. 686(1)(a)(ii)) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (iii).

The trial judge in a criminal trial dealing with the alleged sexual assault by a stepfather of his minor stepdaughter first charged the jury that the sole issue before them was whether the accused was the perpetrator of the alleged assault. Counsel for the defence objected to the

R.M.G. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. G. (R.M.)

N° du greffe: 24709.

1996: 20 juin; 1996: 3 octobre.

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

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

Procès — Exposé au jury — Agression sexuelle — Défense niant l'existence d'une agression et soumettant deux raisons à l'appui d'une possibilité de fabrication d'accusation et un alibi relatif à certains épisodes allégués — Exposé du juge du procès au jury ne portant que sur la question de l'auteur de l'agression — À la suite d'une opposition, nouvel exposé au jury sur la question de l'existence d'une agression et, ensuite, sur la question de l'auteur de l'agression alléguée — L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?

Procès — Exhortation au jury — Jury dans l'impasse — Juge du procès pressant le jury de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et laissant entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires — Verdict de culpabilité rendu peu après — L'exhortation était-elle répréhensible ou incorrecte?

Procès — Verdict — Norme applicable pour annuler un verdict — La norme applicable à l'exhortation devrait-elle consister à déterminer si, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire (art. 686(1)a)(iii)) ou consister à se demander si une erreur de droit a été commise (art. 686(1)a)(ii))? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(ii), (iii).

Dans une affaire criminelle portant sur une agression sexuelle qu'un beau-père aurait commise sur sa belle-fille mineure, le juge du procès a d'abord donné au jury la directive selon laquelle la seule question qu'il avait à trancher était de savoir si l'accusé était l'auteur de

charge to the jury. The defence had argued during trial that the alleged incidents had been fabricated or imagined by the complainant who saw her environment as being unduly strict and who wanted to live with her natural father. An alibi was also put forward suggesting that the accused was not present when some of the alleged incidents took place. The trial judge recharged the jury instructing them that they had first to determine whether a sexual assault had in fact occurred.

The jury deliberated and the next day sent the judge a message that they had reached an impasse. The trial judge recalled them and urged them to consider the public expense of a new trial, the inconvenience which a new trial would cause to all participants and the hardship to the accused and the complainant that a new trial would engender and suggested that the minority might want to reconsider what the majority were saying. The jury returned a guilty verdict 15 minutes later. The verdict was upheld on appeal.

The issues argued before this Court dealt with: (1) the adequacy of the charge and subsequent recharge as they dealt with the theory of the defence; (2) the appropriateness and propriety of the exhortation to the jury; and (3) the standard to be applied in setting aside the verdict.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In the course of giving directions to a jury, the trial judge must outline the defence theory and refer the jury to its essential elements in a way that will ensure the jury's proper appreciation of the evidence. The original charge clearly took away the defence as it assumed that the sexual assault had occurred. The test for review in a recharge must be whether there is a reasonable possibility that the trial judge's erroneous instruction may have misled the jury. Here, the recharge was sufficient to rectify the error committed in the original charge.

The sole task of a jury is to reach a verdict based exclusively on the evidence presented. The sturdy independence of jurors may be overcome and unanimity compelled by a judge's suggesting irrelevant factors for consideration or by a judge's exerting unwarranted pressure. In those circumstances, the verdict may no longer

l'agression alléguée. L'avocat de la défense s'est opposé à cette directive au jury. La défense avait fait valoir, au cours du procès, que les incidents allégués avaient été inventés ou imaginés par la plaignante, qui jugeait son environnement trop strict et souhaitait aller vivre avec son père biologique. On avait également soumis un alibi indiquant que l'accusé était absent lorsque certains épisodes en question seraient survenus. Le juge du procès a fait un nouvel exposé aux jurés, dans lequel il leur a dit qu'ils devaient d'abord déterminer si une agression sexuelle avait effectivement été commise.

Les jurés ont délibéré et, le lendemain, ils ont fait parvenir au juge un message indiquant qu'ils étaient dans l'impasse. Le juge du procès les a rappelés et les a pressés de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des incon vénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et a laissé entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. Quinze minutes plus tard, les jurés rendaient un verdict de culpabilité qui a été confirmé en appel.

Les questions débattues devant notre Cour concernaient (1) le caractère adéquat de l'exposé au jury et du nouvel exposé qui a suivi relativement à la thèse de la défense, (2) le caractère approprié et la justesse de l'exhortation au jury, et (3) la norme à appliquer pour annuler le verdict.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Lorsqu'il donne des directives au jury, le juge du procès doit résumer la thèse de la défense et en mentionner les éléments essentiels de façon à permettre au jury de bien apprécier la preuve. Dans son premier exposé au jury, le juge du procès a nettement écarté l'argument de la défense, étant donné qu'il a tenu pour acquis qu'il y avait eu agression sexuelle. Le critère d'examen d'un nouvel exposé doit être de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que la directive erronée du juge du procès ait induit le jury en erreur. En l'espèce, le nouvel exposé était suffisant pour corriger l'erreur commise dans le premier exposé.

Le jury a pour unique tâche de parvenir à un verdict fondé exclusivement sur la preuve présentée. L'indépendance résolue des jurés peut être ébranlée et leur unanimité forcée par le juge qui leur propose de prendre en considération des facteurs non pertinents ou qui exerce sur eux une pression injustifiée. Dans ces circonstances,

be based on a reasoned approach to the evidence. The exhortation given to an apparently deadlocked jury must therefore be delicately balanced and carefully crafted and must encourage the jurors to endeavour to reach a verdict by reasoning together. The purpose of the exhortation is to assist the process of deliberation, not to influence the content of the jury's discussion. To suggest that a deadlocked jury take into account factors such as the expense, and the inconvenience occasioned by a new trial, or the hardship caused to the participants when a trial is left unresolved, or to consider carefully only the position of the majority and not the minority, introduces pressures and factors which are completely irrelevant to the jurors' duties and therefore inappropriate in an exhortation.

The following principles can be derived from the jurisprudence. (1) Pursuant to their oath, jurors must endeavour to render a verdict based upon the evidence which has been adduced before them. (2) The strength and genius of trial by jury is that members of the community reason together to reach a verdict based solely upon the evidence. (3) A jury must therefore be allowed to deliberate without any form of pressure being imposed upon them. (4) If a jury has apparently reached an impasse, any exhortation should avoid introducing factors which are extraneous and irrelevant to the task of reaching a verdict, and should not encourage a juror, by referring to these factors, to abandon an honestly held view of the evidence. The exhortation must not interfere with the right of jurors to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressure. (5) A juror should not be encouraged or exhorted to change his or her mind simply for the sake of conformity. (6) A deadline for reaching a verdict should not be imposed and a jury should never be rushed into returning a verdict.

The reference to expense and inconvenience should not have been referred to in the exhortation. It introduced an irrelevant, extraneous factor into the jury's deliberations and was coercive in that it would make the minority feel that they had to agree with the majority. This factor is a significant one and would influence a juror to disregard the oath and arrive at a verdict based on factors other than the evidence produced during the trial. The error could not be cured and was sufficient in itself to warrant a new trial. Other aspects of this exhortation lead to the same result.

il se peut que le verdict ne soit plus fondé sur une façon raisonnée d'aborder la preuve. L'exhortation adressée à un jury qui paraît être dans l'impasse doit donc être finement dosée et soignée, et doit encourager les jurés à s'efforcer de rendre un verdict en raisonnant ensemble. L'exhortation a pour objet d'aider le jury dans ses délibérations et non pas d'influer sur le contenu de ses discussions. Proposer que les membres d'un jury dans l'impasse prennent en considération des facteurs comme le coût et les inconvénients d'un nouveau procès, ou les difficultés qu'un procès inachevé causerait aux participants, ou encore qu'ils n'examinent attentivement que le point de vue de la majorité et non celui de la minorité, fait intervenir des pressions et des facteurs qui n'ont absolument rien à voir avec les fonctions de juré et qui n'ont donc pas leur place dans une exhortation.

Les principes suivants peuvent être dégagés de la jurisprudence. (1) Conformément à leur serment, les jurés doivent s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve qui leur a été soumise. (2) Le procès devant jury tire sa force et son mérite du fait que des membres de la collectivité raisonnent ensemble dans le but de parvenir à un verdict fondé uniquement sur la preuve. (3) Le jury doit donc pouvoir délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. (4) Dans le cas où un jury est apparemment dans l'impasse, toute exhortation doit éviter de faire intervenir des considérations extérieures qui n'ont rien à voir avec la tâche de parvenir à un verdict, et d'encourager un juré à abandonner sa perception sincère de la preuve, en faisant référence à ces considérations. L'exhortation ne doit pas empiéter sur le droit des jurés de délibérer en toute liberté sans être influencés par des pressions extérieures. (5) Un juré ne doit pas être encouragé ou exhorté à changer d'avis par simple souci de conformité. (6) Aucune échéance pour parvenir à un verdict ne doit être imposée et le jury ne doit jamais être pressé de rendre son verdict.

Le coût et les inconvénients n'auraient pas dû être mentionnés dans l'exhortation. Cette mention a introduit un facteur extérieur et non pertinent dans les délibérations du jury, et elle était coercitive en ce sens qu'elle faisait sentir aux jurés minoritaires qu'ils devaient se mettre d'accord avec la majorité. C'est un facteur important qui inciterait un juré à faire abstraction du serment prêté et à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve soumise au procès. L'erreur commise ne pouvait pas être corrigée et elle était suffisante en soi pour justifier un nouveau procès. D'autres aspects de cette exhortation mènent à la même conclusion.

The reference to a possible benefit accruing to the accused and witnesses if a verdict could be reached has been correctly disapproved. With respect to the complainant, such a reference may encourage what could be an inappropriate sympathetic influence into the reasoning process of the jurors, particularly at this stage of the proceedings. With regard to the accused, the reference may be misleading since a guilty verdict as a result of the exhortation is not in the accused's best interest.

The mere suggestion that a juror should listen to fellow jurors may not be, in itself, improper. No suggestion should be made, however, that a juror should abandon his or her honestly held view in favour of the majority position. Such a direction could well be construed as an encouragement to the dissenting minority to fall in with the majority while continuing to disagree with their views. A trial judge would better avoid putting the situation in confrontational terms of opposing sides and instead appeal to the individual jurors to once again reason together. Any such a suggestion must state that both sides should listen to each other and consider the opinions of others.

The twice repeated reminder by the trial judge that the jurors should not betray their oath may have reduced the effect of the erroneous exhortation. Nonetheless, the cumulative effect of the errors would have had a coercive effect upon the jurors. The speed with which the jury reached its verdict after the exhortation clearly indicated the significance the jury attached to the trial judge's exhortation and demonstrated a coercive impact on the minority who had obviously been unmoved by the majority's arguments.

Errors of law made in the course of an exhortation should be treated no differently from errors committed in any other part of the instructions to the jury, or during the trial. Not every improper reference in an exhortation will lead to a new trial. Instead, the exhortation must be viewed as a whole and in the context of the proceedings. The length of the deliberations, the nature of the question asked by the jury, and the length of the deliberations following the exhortation are all relevant. In considering all of these factors, an appellate court must determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in complete freedom from extraneous considerations or pressures, or caused a juror to concur with a view that he or she did not truly

La mention d'un avantage que pourraient éventuellement tirer l'accusé et les témoins si un verdict pouvait être prononcé a été désapprouvée à juste titre. En ce qui concerne le plaignant, une telle mention peut incorrectement susciter un sentiment de sympathie dans le processus de raisonnement des jurés, particulièrement à ce stade des procédures. Quant à l'accusé, la mention peut être trompeuse, étant donné qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'accusé qu'un verdict de culpabilité résulte de l'exhortation.

Il n'est peut-être pas incorrect en soi de suggérer simplement qu'un juré écoute des collègues jurés. Cependant, il n'y a pas lieu de suggérer qu'un juré abandonne, en faveur de l'opinion de la majorité, son point de vue sincère. Une telle directive pourrait bien être interprétée comme un encouragement apporté à la minorité dissidente à se rallier à la majorité tout en continuant d'être en désaccord avec elle. Il serait préférable que le juge du procès évite de présenter la situation comme une confrontation entre parties opposées et qu'il invite plutôt chacun des jurés à poursuivre le raisonnement avec les autres. Une telle invitation doit préciser que les deux côtés devraient s'écouter mutuellement et examiner leurs opinions respectives.

Le fait que le juge du procès a rappelé, à deux reprises, aux jurés qu'ils ne devaient pas manquer à leur serment peut avoir réduit l'incidence de l'exhortation fautive. Néanmoins, les erreurs commises auraient eu un effet cumulatif coercitif sur les jurés. La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict après l'exhortation indique clairement l'importance que le jury a accordée à cette exhortation et démontre qu'elle a eu un effet coercitif sur la minorité qui était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité.

Les erreurs de droit commises dans une exhortation ne doivent pas être traitées d'une façon différente des erreurs de droit commises dans toute autre directive au jury ou pendant le procès. Toute mention incorrecte dans une exhortation n'entraînera pas nécessairement un nouveau procès. Il faut plutôt considérer l'exhortation dans son ensemble et dans le contexte des procédures. La durée des délibérations, la nature de la question posée par le jury et la durée des délibérations après l'exhortation sont toutes pertinentes. Lors de l'examen de tous ces facteurs, la cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou empiété sur son droit de délibérer tout à fait librement, en l'absence de considérations ou de pressions extérieures, ou

hold. A suggested form that an exhortation might take was set out.

The trial judge clearly committed errors of law and the accused is entitled to a new trial. Since the exhortation may have improperly coerced the jury to reach a verdict, the verdict would not necessarily have been the same absent the error. The curative provision of s. 686(1)(b)(iii) could therefore not be applied.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The goal of an exhortation should be to encourage the jurors, if at all possible, to strive to reach an agreement. Jurors should not take into consideration extraneous factors in rendering their judgment and a trial judge should not ask them to. The jury, and the jury alone, is to come to a verdict based solely on the strength of the evidence.

The appellate courts should treat an exhortation in a manner similar to that for reviewing charges to the jury and should refrain from interfering absent a clear error bringing the validity of the verdict into question. An exhortation is not an inflexible blueprint but rather must be tailored to a particular jury. Its nature will depend on a number of factors, including the length and complexity of the trial and the events that warranted the trial judge's attention. The effect of the entire exhortation, as opposed to one particular reference, should be considered in determining whether an exhortation was coercive.

The reference to the expense of trials, even when noted as not being a particularly important factor, is generally best avoided. References of this sort might suggest that the jury should consider something other than the evidence before it. Such reference is not automatically an error of law and whether it is fatal depends very much upon the circumstances. It is not *prima facie* coercive in that it is generally neutral and does not ask the jury to convict.

With regard to the reference that a verdict might be of benefit to both the accused and to the complainant, it was inconsequential and in the middle of a lengthy exhortation. It could not be said to have influenced the jury's deliberative process. This factor has only been found to prejudice the jury's deliberative process when

encore qu'elles aient amené un juré à souscrire à un point de vue qu'il ne partageait pas vraiment. Un modèle d'exhortation a été suggéré.

Le juge du procès a clairement commis des erreurs de droit et l'accusé a droit à un nouveau procès. Étant donné que l'exhortation a pu contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur commise. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne pouvait donc pas s'appliquer.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): L'exhortation devrait viser à encourager les jurés à faire tout leur possible pour parvenir à un accord. Les jurés ne doivent prendre en considération aucun facteur extérieur en rendant leur jugement, et le juge du procès ne doit pas leur demander de le faire. Il appartient au jury, et au jury seul, de parvenir à un verdict sur la seule foi de la preuve présentée.

Les cours d'appel devraient traiter une exhortation de la même manière qu'elles examinent les exposés au jury et elles devraient s'abstenir d'intervenir en l'absence d'une erreur manifeste qui met en question la validité du verdict. Une exhortation ne doit pas s'inspirer d'un modèle rigide, mais doit plutôt être adaptée au jury en présence. Sa nature dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont la durée et la complexité du procès, ainsi que des événements qui méritaient l'attention du juge du procès. Pour déterminer si une exhortation est coercitive, il y a lieu de tenir compte de l'effet de toute l'exhortation, et non pas d'un seul élément particulier.

En général, il vaut mieux éviter de mentionner le coût des procès, même si on prend soin de souligner que ce n'est pas là un élément particulièrement important. Une telle mention pourrait porter à croire que le jury doit prendre en considération autre chose que la preuve qui lui a été présentée. Elle ne constitue pas automatiquement une erreur de droit et ce sont les circonstances qui détermineront en grande partie si elle est fatale ou non. Pareille mention n'a pas, à première vue, d'effet coercitif étant donné qu'elle est généralement neutre et ne consiste pas à demander au jury de rendre un verdict de culpabilité.

La mention que le prononcé d'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante était sans conséquence et se trouvait au milieu d'une longue exhortation. On ne pouvait dire qu'elle avait eu une influence sur les délibérations du jury. Ce n'est que dans les cas où ce facteur a été indûment souligné ou

it has been unduly highlighted or repeated in such a way as to cause sympathy for one of the parties.

The final impugned reference regarded the trial judge's instructions that the minority should listen to the majority. An accused's fair trial interest is only compromised when the trial judge's instruction indicates or implies that the minority should conform its view to that of the majority. Every reference to the minority will not achieve this effect. Each statement should be considered in its proper context and should be examined for its potential effect. Here, the trial judge did not tell the minority that they must revise their decision and any confusion was corrected when the trial judge twice warned the jurors not to abandon their oath and reminded them that the jury need not agree.

The speed with which the jury reached its verdict was not demonstrative of a coercive impact on the minority. This factor is largely dependent upon the circumstances of each case. The language of an exhortation, where it is not inherently coercive, does not become so merely because an early verdict was returned. There is also the alternative possibility that the exhortation had the desired effect.

Not every improper reference in an exhortation should be treated as an error of law. The reference must be examined in the context in which it was made in order to determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in freedom from extraneous considerations. Any errors here were not likely to coerce members of the jury to disregard their oath.

A model exhortation would be desirable to deal with the common occurrence of a jury's being deadlocked, absent other problems. Trial judges must feel free to depart from this formula in situations which require it.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858; *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167; *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C.

réitéré de façon à susciter de la sympathie pour l'une des parties que l'on a conclu qu'il avait nui au processus de délibération des jurés.

La dernière mention attaquée concernait la directive du juge du procès selon laquelle les jurés minoritaires devaient écouter les jurés majoritaires. L'équité du procès d'un accusé n'est compromise que si la directive du juge du procès indique ou sous-entend que les jurés minoritaires devraient se rallier à l'opinion de la majorité. Toute mention des jurés minoritaires n'aura pas nécessairement cet effet. Il y a lieu d'examiner chaque énoncé dans son contexte et d'en analyser l'effet potentiel. En l'espèce, le juge du procès n'a pas dit aux jurés minoritaires qu'ils devaient revenir sur leur décision, et toute confusion qui a pu exister a été dissipée lorsque le juge du procès a prévenu les jurés à deux reprises de ne pas manquer à leur serment et leur a rappelé qu'il n'est pas nécessaire que les membres du jury se mettent d'accord.

La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict ne démontre pas l'existence d'un effet coercitif sur la minorité. Ce facteur dépend largement des circonstances particulières de chaque affaire. Si les termes d'une exhortation ne sont pas coercitifs en soi, ils ne le deviennent pas simplement parce qu'un verdict est prononcé peu après. Il y a aussi l'autre possibilité que l'exhortation ait eu l'effet désiré.

Toute mention incorrecte dans une exhortation ne doit pas nécessairement être traitée comme une erreur de droit. Elle doit être examinée eu égard au contexte dans lequel elle a été faite, afin de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou qu'elles aient empiété sur son droit de délibérer en l'absence de considérations extérieures. Toute erreur qui peut avoir été commise en l'espèce n'était pas susceptible de contraindre des jurés à manquer à leur serment.

Un modèle d'exhortation serait souhaitable pour faire face aux cas fréquents où un jury est dans l'impasse, en l'absence d'autres problèmes. Les juges du procès doivent se sentir libres d'y déroger si nécessaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858; *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167; *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. c. Alkerton* (1992), 72

(3d) 184, aff'd [1993] 1 S.C.R. 468; referred to: *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *Penn and Mead's Case* (1670), 6 How. St. Tr. 951; *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52; *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *Black v. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Littlejohn (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338; *R. v. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Jackson*, unreported, C.A., Crim. Div. (Eng.), March 9, 1988; *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81; *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (iii), (b)(iii).
Criminal Justice Act 1967 (U.K.), 1967, c. 80, s. 1.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, "exhort".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81, dismissing an appeal from conviction by Dohm J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

David M. Rosenberg, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

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

C.C.C. (3d) 184, conf. par [1993] 1 R.C.S. 468; arrêts mentionnés: *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *Penn and Mead's Case* (1670), 6 How. St. Tr. 951; *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52; *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *Black c. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Littlejohn (1978), 41 C.C.C. (2d) 161; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481; *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338; *R. c. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Jackson*, inédit, C.A., Div. crim. (Angl.), 9 mars 1988; *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46; *R. c. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81; *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), (iii), (b)(iii).
Criminal Justice Act 1967 (R.-U.), 1967, ch. 80, art. 1.

Doctrine

Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1995, «exhorter».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Dohm siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

David M. Rosenberg, pour l'appellant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

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

CORY J. — What instructions should be given by the trial judge when the jury indicates that it is deadlocked? That is the important and paramount question that must be resolved in this appeal.

Factual Background

The appellant was charged with sexually assaulting his stepdaughter between April of 1991 and November of 1992 when she was 12 years old. The complainant testified that there were several acts of touching and four or five incidents of forced intercourse which occurred during that time. She was examined by a physician nine days after the last incident. The doctor gave evidence that there was a significant attenuation of the complainant's hymen which strongly indicated that there had been penetration of the vagina on several occasions. He found no indications of violence such as bruising or abrasions, although he did state that any signs of a violent assault might have healed in the intervening time. The defence position was that the situation observed by the doctor could have been caused by early sexual experimentation, and that it was not the result of sexual assaults.

There was testimony which indicated that the complainant believed that she was unduly confined in an overly strict environment and that she wished to leave and live with her natural father. The appellant's defence was that the complainant either fabricated or imagined the incidents of sexual assault in order to get away from what she considered to be an unsatisfactory home. There was, as well, evidence put forward of an alibi which suggested that the appellant was not present when some of the alleged incidents took place.

During his charge to the jury, the trial judge indicated that the sexual assault had been established and that the sole issue for the jury was whether the appellant was the perpetrator. An objection to this direction was taken by counsel for the defence which was acceded to by the trial judge. He recharged the jury and instructed them

LE JUGE CORY — Quelles directives le juge du procès devrait-il donner au jury quand ce dernier fait savoir qu'il est dans l'impasse? C'est la question importante et primordiale à laquelle il faut répondre en l'espèce.

Les faits

L'appellant a été accusé d'avoir, entre avril 1991 et novembre 1992, agressé sexuellement sa belle-fille alors âgée de 12 ans. La plaignante a témoigné que, durant cette période, elle avait subi plusieurs attouchements et qu'elle avait été forcée, à quatre ou cinq reprises, d'avoir des relations sexuelles. Elle a été examinée par un médecin neuf jours après le dernier épisode. Dans son témoignage, le médecin a affirmé qu'il y avait diminution importante de l'hymen de la plaignante, ce qui indiquait fortement qu'il y avait eu pénétration vaginale à maintes reprises. Il n'a relevé aucune trace d'actes de violence, telle que des contusions ou des écorchures, mais il a cependant affirmé qu'il se pouvait que toute marque laissée par une agression violente ait disparu dans l'intervalle. La défense fait valoir que la situation observée par le médecin pouvait être due à des expériences sexuelles précoces et qu'elle ne résultait pas d'agressions sexuelles.

Certains témoignages ont indiqué que la plaignante croyait qu'elle était confinée dans un environnement trop strict, et qu'elle souhaitait aller vivre avec son père biologique. Pour sa défense, l'appellant a soutenu que la plaignante avait inventé ou imaginé les épisodes d'agression sexuelle dans le but de s'échapper de ce qu'elle considérait comme un foyer décevant. De même, on a soumis en preuve un alibi indiquant que l'appellant était absent lorsque certains épisodes en question seraient survenus.

Au cours de son exposé au jury, le juge du procès a indiqué que l'existence d'une agression sexuelle avait été établie et que la seule question que le jury avait à trancher était de savoir si l'appellant en était l'auteur. L'avocat de la défense s'est opposé à cette directive. Le juge du procès a fait droit à cette opposition et a fait un nouvel exposé

1

2

3

4

that they had to determine whether a sexual assault had in fact occurred.

aux jurés, dans lequel il leur a dit qu'ils devaient déterminer si une agression sexuelle avait effectivement été commise.

5 When the recharge was completed, the jury began its deliberations at approximately 2:20 p.m. of the first afternoon. Apart from the time taken for dinner, they continued their deliberations until 9:15 that evening. The following morning, the jury began again to consider their verdict at 9:15 a.m. but shortly before 10:00 a.m. they sent a message to the trial judge indicating that they had arrived at an impasse. The trial judge recalled the jury and urged them to consider the public expense of a new trial, the inconvenience which that would cause to all participants, the hardship to the accused and the complainant that this would engender and suggested that the minority might want to reconsider what the majority were saying. Only 15 minutes later, the jury returned with a verdict of guilty. The appeal taken was dismissed unanimously by the British Columbia Court of Appeal.

Une fois le nouvel exposé terminé, les jurés ont commencé leurs délibérations vers 14 h 20. Sauf pour le temps du souper, ils ont délibéré sans arrêt jusqu'à 21 h 15 ce soir-là. Le matin suivant, les jurés ont recommencé à délibérer à 9 h 15, mais peu avant 10 h, ils ont fait parvenir au juge du procès un message indiquant qu'ils étaient dans l'impasse. Le juge du procès a rappelé les jurés et les a pressés de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et a laissé entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. Seulement 15 minutes plus tard, les jurés rendaient un verdict de culpabilité. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté à l'unanimité.

Decision Below

Court of Appeal of British Columbia (per McEachern C.J. for the Court) (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81

Jurisdiction inférieure

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef McEachern, au nom de la cour) (1995), 57 B.C.A.C. 81, 94 W.A.C. 81

6 McEachern C.J. agreed with counsel for the appellant that the trial judge's original charge failed to outline adequately the defence position that the complainant had fabricated her evidence and that she had not been assaulted. He was of the view, at para. 10, that there was at least "some arguable basis for the defence position that no sexual assault had been proven". In his opinion, at para. 13, this error put the case "close to the line". However, he concluded that the recharge fairly and adequately instructed the jury on the issue with the result that this error was not a ground for a new trial.

Le juge McEachern était d'accord avec l'avocat de l'appelant pour dire que le juge du procès avait omis, dans son premier exposé au jury, de résumer adéquatement la position de la défense selon laquelle la plaignante avait fabriqué sa preuve et n'avait pas été agressée. Il était d'avis, au par. 10, qu'il y avait au moins [TRADUCTION] «quelque motif discutable à l'appui du point de vue de la défense selon lequel on n'avait prouvé l'existence d'aucune agression sexuelle». Selon lui, au par. 13, cette erreur avait pour effet de situer l'affaire [TRADUCTION] «à la limite». Il a toutefois conclu que, dans son nouvel exposé, le juge du procès avait donné au jury des directives justes et convenables sur la question, de sorte que cette erreur ne justifiait pas la tenue d'un nouveau procès.

7 McEachern C.J. then considered the exhortation. He noted that it included a number of passages that

Le juge McEachern a ensuite examiné l'exhortation. Il y a relevé de nombreux passages qui

had been judicially disapproved. These included the reference that the jury should consider the public expense involved in a new trial; the suggestion that a verdict might benefit the accused and the suggestion that the minority consider what the majority were saying. However, he found that the trial judge's direction that the jurors were not to betray their oath and that they did not have to agree was sufficient to remedy the defects. He expressed the opinion that the exhortation considered as a whole was not unfavourable to the appellant. Nor, in his opinion, would it have coerced any members of the jury to reach an improper verdict. Essentially, he was of the view that although there were errors in the exhortation, it was saved by the trial judge's reminder to the jury of their oath and the statement made on two occasions that he was not asking them to betray their oath.

Analysis

Issues

Three issues were argued on this appeal.

1. Did the charge and subsequent recharge to the jury adequately deal with the theory of the defence?
2. Was the exhortation to the jury objectionable or improper?
3. Did the Court of Appeal err in the standard it applied for setting aside the verdict?

The Failure to Outline the Position of the Defence

In the course of giving directions to a jury, it is essential that the trial judge outline for them the theory or position of the defence and refer the jury to the essential elements bearing on that defence in such a way that it will ensure the jury's proper appreciation of the evidence. See *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. The original charge of the trial judge very clearly took away the defence

avaient déjà été désapprouvés par les tribunaux, dont la mention que les jurés devraient tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, l'idée qu'un verdict pourrait profiter à l'accusé et la proposition que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires. Il a toutefois conclu que la directive du juge du procès selon laquelle les jurés ne devaient pas manquer à leur serment et n'étaient pas tenus de se mettre d'accord était suffisante pour remédier aux vices en question. Il a exprimé l'opinion que, dans son ensemble, l'exhortation n'était pas défavorable à l'appelant et qu'elle n'aurait pas non plus contraint des jurés à rendre un verdict incorrect. Essentiellement, il était d'avis que, même si l'exhortation comportait des erreurs, elle était rachetée par le fait que le juge du procès avait rappelé aux jurés le serment qu'ils avaient prêté, et par le fait qu'il leur avait dit, à deux reprises, qu'il ne leur demandait pas de manquer à ce serment.

Analyse

Questions en litige

Trois questions ont été débattues dans le présent pourvoi.

1. L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?
2. L'exhortation adressée au jury était-elle répréhensible ou incorrecte?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?

Le défaut de résumer la position de la défense

Lorsqu'il donne des directives au jury, il est essentiel que le juge du procès résume la thèse ou la position de la défense et qu'il mentionne les éléments essentiels qui influent sur cette défense de façon à permettre au jury de bien apprécier la preuve. Voir les arrêts *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Dans son premier exposé au jury, le juge du procès a très nettement écarté l'argument

put forward that the complainant had not been sexually assaulted at all and that she had fabricated the entire story. It assumed that the sexual assault had occurred, and left the jury to decide only whether the assailant was the appellant or whether the assault was occasioned by some unidentified person. Like McEachern C.J., I am of the view that this error might have been fatal had it not been adequately corrected in the recharge.

de la défense selon lequel la plaignante n'avait absolument pas été agressée sexuellement et avait inventé toute l'histoire. Il a tenu pour acquis qu'il y avait eu agression sexuelle et n'a laissé au jury que le soin de décider si l'agresseur était l'appelant ou une autre personne inconnue. À l'instar du juge en chef McEachern, je suis d'avis que cette erreur aurait pu être fatale si elle n'avait pas été bien corrigée dans le nouvel exposé.

10 The approach that should be taken by appellate courts in reviewing a recharge has recently been set out in *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253. In that case, Lamer C.J., writing for the Court, stated at p. 266 that the test for review must be whether "there is a reasonable possibility that the trial judge's erroneous instruction may have misled the jury". Here the trial judge, in his recharge, clearly told the jury that while his earlier comments had only been a suggestion on his part, he was in error in putting the issue in those terms. He specifically instructed the jury to disregard his earlier suggestion that a sexual assault had been proven and told them that it was for them to determine whether a sexual assault had in fact taken place. Thus the jury would have understood that they had first to decide whether a sexual assault had occurred and only if satisfied on that point would they then go on to determine whether the Crown had satisfied them that the appellant was responsible for the assault. The recharge was, in my opinion, sufficient to rectify the error committed in the original charge. It follows that this ground of appeal cannot be accepted.

La méthode que les cours d'appel devraient adopter en examinant un nouvel exposé a récemment été exposée dans *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, où le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour, à la p. 266, que le critère d'examen doit être de savoir s'«il existe une possibilité raisonnable que [la] directive erronée du juge du procès [. . .] ait induit le jury en erreur». Dans le nouvel exposé qu'il a fait en l'espèce, le juge du procès a clairement dit aux jurés que, bien que ses observations antérieures n'aient été qu'une suggestion de sa part, il avait eu tort de présenter la question de cette façon. Il a expressément demandé aux jurés de ne pas tenir compte de son affirmation antérieure que l'existence d'une agression sexuelle avait été établie et il leur a dit qu'il leur appartenait de déterminer si une agression sexuelle avait été commise. Les jurés auraient donc compris qu'ils devaient d'abord décider s'il y avait eu agression sexuelle et qu'ils auraient ensuite à déterminer si le ministère public les avait convaincus que l'appelant était responsable de cette agression, seulement s'ils étaient persuadés qu'elle avait été commise. Le nouvel exposé était, quant à moi, suffisant pour corriger l'erreur commise dans le premier exposé. Il s'ensuit que ce moyen d'appel ne peut être retenu.

The Jury Exhortation Used in this Case and the Objection Taken to it

L'exhortation adressée au jury en l'espèce et l'opposition qu'elle a soulevée

11 When the jury informed the trial judge that they were at an impasse, he instructed or exhorted them in these words:

Lorsque les jurés ont informé le juge du procès qu'ils étaient dans l'impasse, celui-ci a formulé les directives et l'exhortation suivantes:

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

You are members of the jury in as good a position as any other twelve persons who would be hearing this case to render verdicts in this case.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [*sic*] able to do so.

Counsel for the appellant submitted that the following three errors are apparent in these instructions. First, there is the improper and unnecessary reference to public expense and inconvenience. The second was the reference to the benefit to all, including the accused, of a verdict being reached. The last but certainly not the least important was the error of the trial judge in suggesting that the minority reconsider what the majority was saying without any reference or suggestion that the majority might equally consider what the minority was putting forward.

The Significance and the Importance of the Jury System in Canada

The jury system is clearly a significant factor in many democratic regimes. This is emphatically true in Canada. It is extremely important to our democratic society that jurors as representatives of

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

Vous, les membres du jury, êtes autant en mesure de rendre un verdict, en l'espèce, que douze autres personnes qui entendraient l'affaire.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant.

L'avocat de l'appelant prétend que les trois erreurs suivantes ont été commises dans ces directives. Premièrement, il y a la mention incorrecte et inutile des dépenses et des inconvénients pour le public. Deuxièmement, il y a la mention de l'avantage d'un verdict pour tous, y compris l'accusé. La dernière erreur, mais certainement pas la moindre, est celle que le juge du procès a commise en proposant que les jurés minoritaires réexaminent les propos des jurés majoritaires, sans mentionner que ces derniers pourraient également examiner ce que les jurés minoritaires avançaient.

L'importance du système du jury au Canada

Le système du jury est clairement un facteur important dans bien des régimes démocratiques. Cela est nettement le cas au Canada. Il est extrêmement important pour notre société démocratique

their community may make the decision as to the guilt or innocence of the accused before the court based solely on the evidence presented to them. There is a centuries-old tradition of juries reaching fair and courageous verdicts. That tradition has taken root and been so well and fearlessly maintained that it has flourished in this country. Our courts have very properly stressed the importance of jury verdicts and the deference that must be shown to those decisions. Today, as in the past, great reliance has been placed upon those decisions. That I think flows from the public awareness that 12 members of the community have worked together to reach a unanimous verdict.

14 In reaching a verdict, jurors have heeded the wisdom of the prophet Isaiah whose advocacy of a reasoned approach to solving problems has echoed through the ages in the moving and memorable words "Come now, and let us reason together . . .": Isaiah 1:18. Of course, it is the great strength and virtue of the jury system that members of the community have indeed come together and reasoned together in order to reach their unanimous verdict. It is truly a magnificent system for reaching difficult decisions in criminal cases. It has proven itself in the centuries past and continues to do so today. Yet, this system is fragile.

15 If the process is subjected to unwarranted pressures, or to unnecessary distractions, the delicate reasoning process may be thwarted. The sole task of a jury is to reach a verdict based exclusively on the evidence presented. The sturdy independence of jurors may be overcome and unanimity compelled by a judge's suggestion that irrelevant factors be considered or by the judge's exerting unwarranted pressure. In those circumstances, the verdict may no longer be based on a reasoned approach to the evidence. It follows that the instructions given to an apparently deadlocked jury must be delicately balanced and carefully crafted. If they are not, the jury system as a bulwark of democracy will all too easily be breached. The

que les jurés, en tant que représentants de leur collectivité, puissent décider de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé en se fondant uniquement sur la preuve qui leur a été présentée. La tradition des jurys prononçant des verdicts équitables et courageux est vieille de plusieurs siècles. Cette tradition s'est enracinée et a été si bien et si audacieusement maintenue qu'elle s'est épanouie ici dans notre pays. Nos tribunaux ont, à très juste titre, insisté sur l'importance des verdicts rendus par un jury et sur la retenue dont il faut faire preuve à l'égard de ces décisions. Aujourd'hui, comme par le passé, elles font l'objet d'une grande confiance. Je crois que cela découle de la conscience du public que 12 membres de la collectivité ont travaillé ensemble en vue de rendre un verdict unanime.

Pour parvenir à un verdict, les jurés s'en remettent à la sagesse du prophète Isaïe, dont le plaidoyer en faveur d'une façon raisonnée de régler les problèmes a traversé les âges dans cette formule touchante et mémorable: «Venez donc et discutons . . .»: Isaïe 1:18. Évidemment, la force et le mérite du système du jury découlent du fait que des membres de la collectivité se réunissent et raisonnent ensemble afin de parvenir à un verdict unanime. Ce système est vraiment magnifique pour rendre des décisions difficiles en matière criminelle. Il a fait ses preuves au cours des siècles et continue de le faire aujourd'hui. Cependant, ce système est fragile.

S'il est soumis à des pressions injustifiées ou à des distractions inutiles, le délicat processus de raisonnement peut être faussé. Le jury a pour unique tâche de parvenir à un verdict fondé exclusivement sur la preuve présentée. L'indépendance résolue des jurés peut être ébranlée et leur unanimité forcée par le juge qui leur propose de prendre en considération des facteurs non pertinents ou qui exerce sur eux une pression injustifiée. Dans ces circonstances, il se peut que le verdict ne soit plus fondé sur une façon raisonnée d'aborder la preuve. Il s'ensuit que les directives données à un jury qui paraît être dans l'impasse doivent être finement dosées et soignées. Sinon, le système du jury comme rempart de la démocratie ne sera que trop

importance and significance of the instructions or exhortation to an apparently deadlocked jury cannot be overemphasized. The jurors at this stage are tired, probably frustrated and certainly disgruntled. They have given so much of their time and laboured so hard with the difficult issues that they are entitled to a careful and balanced instruction.

The Nature and Aim of an Exhortation

The instructions given to the jury at this stage have been referred to as the exhortation. According to *The Concise Oxford Dictionary* (7th ed. 1989), "exhort" means to "admonish earnestly; urge (person to do, to a course of action)". What an exhortation must do is encourage the jurors to endeavour to reach a verdict by reasoning together. The task of the jury is to determine guilt or innocence on the basis of the evidence which they have heard. Irrelevant and extraneous circumstances should not be introduced into a task which is already fraught with difficulties. To suggest that a deadlocked jury take into account factors such as the expense, and the inconvenience occasioned by a new trial, or the hardship caused to the participants when a trial is left unresolved, or to consider carefully only the position of the majority and not the minority, introduces pressures and factors which are completely irrelevant to their duties as jurors and are therefore inappropriate in an exhortation.

The purpose of a jury exhortation was eloquently expressed by McLachlin J. in *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858. She stated at p. 865:

The purpose of an exhortation is to impress on the jury the need to listen to each other and consider each other's views in order to avoid disagreement based on fixed, inflexible perceptions of the evidence that one or other of them may have developed. The purpose of an exhortation is not to suggest to the jury that one view of the evidence may be preferable to another, or that this inference as opposed to that inference should be drawn from the evidence. To put it another way, the focus of the exhortation is the process of deliberation which is the genius of the jury system. An essential part of that process is listening to and considering the views of others. As a result of this process, individual views are modi-

facilement renversé. On ne saurait trop insister sur l'importance des directives ou de l'exhortation adressées à un jury apparemment dans l'impasse. À ce stade du procès, les jurés sont fatigués, probablement frustrés et sûrement mécontents. Ils ont tellement donné de leur temps et ont travaillé si fort sur les questions difficiles qu'ils ont droit à des directives dosées et soignées.

La nature et le but de l'exhortation

Les directives données au jury, à ce stade, sont appelées l'exhortation. Selon *Le Petit Robert 1* (1995), le mot «exhorter» signifie «s'efforcer par des discours persuasifs d'amener qqn à faire quelque chose». L'exhortation doit encourager les jurés à s'efforcer de rendre un verdict en raisonnant ensemble. Les jurés ont pour tâche de décider de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé en se fondant sur la preuve qu'ils ont entendue. Des circonstances extérieures et non pertinentes ne devraient pas intervenir dans une tâche déjà lourde de difficultés. Proposer que les membres d'un jury dans l'impasse prennent en considération des facteurs comme le coût et les inconvénients d'un nouveau procès, ou les difficultés qu'un procès inachevé causerait aux participants, ou encore qu'ils n'examinent attentivement que le point de vue de la majorité et non celui de la minorité, fait intervenir des pressions et des facteurs qui n'ont absolument rien à voir avec les fonctions de juré et qui n'ont donc pas leur place dans une exhortation.

Dans l'arrêt *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858, à la p. 865, le juge McLachlin a éloquentement exposé l'objet de l'exhortation au jury:

L'exhortation vise à faire comprendre aux jurés qu'il est nécessaire d'écouter les opinions exprimées par chacun d'eux et d'en tenir compte afin d'éviter qu'un désaccord naisse de perceptions de la preuve inébranlables et rigides que l'un ou l'autre d'entre eux peut avoir formées. L'exhortation ne vise pas à laisser entendre au jury qu'une opinion de la preuve peut être préférable à une autre, ni qu'il y a lieu de tirer une conclusion plutôt qu'une autre à partir de la preuve. En d'autres termes, l'exhortation est axée sur le processus de délibération qui caractérise le système du jury. Une partie essentielle de ce processus consiste à écouter les opinions d'autrui et à les prendre en considération. Il permet de changer

fied, so that the verdict represents more than a mere vote; it represents the considered view of the jurors after having listened to and reflected upon each other's thoughts. It is on that process that the exhortation should focus.

In other words, the goal of an exhortation is to assist the process of deliberation as opposed to influencing the content of the jury's discussion. With the importance of the exhortation in mind, let us approach the issue by first reviewing the cases from various jurisdictions which have considered this very problem.

A Review of the Cases Dealing with Jury Exhortations

18 There has always been a strong judicial urge to assist, or indeed in the early days to compel, a jury to reach a verdict. Centuries ago jurors were instructed that they must agree and could not be discharged until they did so. A jury was sequestered in the jury room without food, drink or heat until they reached a verdict. See *Penn and Mead's Case* (1670), 6 Howell's State Trials 951, at pp. 962-966. This dictatorial approach has moderated over the years perhaps owing as much to the sturdy independence of jurors as to the increasing sensitivity of judges. Today, it is beyond question that no measure of coercion will be acceptable.

The United Kingdom

19 In England, an exhortation to a jury was referred to for many years as a *Walhein* direction. It was in *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167, a case arising from a charge of conspiracy to utter forged notes, that the Court of Criminal Appeal approved the following instructions at p. 168:

You are a body of 12 men. Each of you has taken an oath to return a true verdict according to the evidence, but, of course, you have a duty not only as individuals, but collectively. No one must be false to that oath, but in order to return a collective verdict, the verdict of you all, there must necessarily be argument, and a certain amount of give and take and adjustment of views within

des opinions personnelles de sorte que le verdict représente plus qu'un simple vote; il représente l'opinion réfléchie de jurés qui ont écouté les idées de chacun et les ont considérées. C'est sur ce processus que l'exhortation devrait se concentrer.

En d'autres termes, l'exhortation a pour but d'aider le jury dans ses délibérations et non pas d'influer sur le contenu de ses discussions. Ayant à l'esprit l'importance de l'exhortation, abordons la question en examinant d'abord la jurisprudence des divers pays qui se sont penchés sur ce même problème.

Revue de la jurisprudence traitant de l'exhortation au jury

Les juges ont toujours fortement senti le besoin d'aider, ou même, dans les premiers temps, de forcer le jury à parvenir à un verdict. Il y a des siècles, on disait aux jurés qu'ils devaient se mettre d'accord et qu'ils ne seraient pas libérés avant de l'avoir fait. Les jurés étaient séquestrés dans la salle des jurés, sans rien à manger, à boire ou pour se chauffer jusqu'à ce qu'ils parviennent à un verdict. Voir *Penn and Mead's Case* (1670), 6 Howell's State Trials 951, aux pp. 962 à 966. Cette façon dictatoriale de procéder s'est adoucie au fil des ans, peut-être autant en raison de l'indépendance résolue des jurés que de la sensibilité croissante des juges. De nos jours, il ne fait aucun doute que toute mesure coercitive est inacceptable.

Le Royaume-Uni

En Angleterre, l'expression «directive *Walhein*» a été utilisée, pendant de nombreuses années, pour désigner l'exhortation adressée au jury. Dans l'arrêt *Walhein* (1952), 36 Cr. App. R. 167, qui portait sur une accusation de complot en vue de mettre en circulation des faux billets, la Court of Criminal Appeal a approuvé la directive suivante, à la p. 168:

[TRADUCTION] Vous êtes un groupe de 12 personnes. Chacun de vous a prêté serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, mais, bien sûr, votre devoir n'est pas seulement individuel, mais collectif. Nul ne doit manquer à ce serment, mais pour pouvoir rendre un verdict collectif, le verdict de vous tous, il doit nécessairement y avoir discussion, certains compromis

the scope of the oath you have taken, and it makes for great public inconvenience and expense if jurors cannot agree owing to the unwillingness of one of their number to listen to the arguments of the rest. Having said that, I can say no more. If you disagree in your verdict in relation to one or other of these men, you must say so.

In reviewing this instruction Lord Goddard observed, at p. 168, that jurors “may talk the matter over, subordinate their views to those of the majority and concur in the verdict”. However, this direction was later rejected on the grounds that its use might coerce juries by introducing irrelevant considerations: see *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52.

Later the comments of Lord Denning in *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81 (P.C.), were considered by Canadian courts to be the model for an exhortation direction. In that case the accused faced the charge of murder. Lord Denning, at p. 91, set out the manner in which an exhortation should be given in these words:

[The trial judge] reminds [the jury] that it is most important that they should agree if it is possible to do so: that, with a view to agreeing, they must inevitably take differing views into account; that if any member should find himself in a small minority and disposed to differ from the rest, he should consider the matter carefully, weigh the reasons for and against his view, and remember that he may be wrong; that if, on so doing, he can honestly bring himself to come to a different view and thus to concur in the view of the majority, he should do so, but if he cannot do so, consistently with the oath he has taken, and he cannot bring the others round to his point of view, then it is his duty to differ, and for want of agreement, there will be no verdict.

This form of direction was followed in a number of cases: see *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (B.C.C.A.); *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (Ont. C.A.); *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (Y.T.C.A.); *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.).

et certains rapprochements de points de vue conformément au serment que vous avez prêté, car cela entraîne des dépenses et des inconvénients importants pour le public lorsque les jurés ne peuvent parvenir à un accord en raison du refus d'un des leurs d'écouter les arguments des autres. C'est là tout ce que je peux dire. Si vous n'êtes pas d'accord avec l'une ou l'autre de ces personnes quant au verdict, vous devez le dire.

En examinant cette directive, lord Goddard a fait observer, à la p. 168, que les jurés [TRADUCTION] «peuvent discuter de la question, se ranger à l'avis de la majorité et souscrire au verdict». Cependant, cette observation a été rejetée ultérieurement pour le motif que son application pourrait avoir un effet coercitif sur un jury en faisant intervenir des facteurs non pertinents: voir *Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11; *Isequilla* (1974), 60 Cr. App. R. 52.

Par la suite, des tribunaux canadiens ont considéré que les commentaires de lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81 (C.P.), étaient le modèle à suivre en matière d'exhortation. Dans cet arrêt, l'accusé faisait face à une accusation de meurtre. À la page 91, lord Denning a énoncé en ces termes la façon dont l'exhortation devait être effectuée:

[TRADUCTION] [Le juge du procès] rappelle [aux jurés] qu'il est très important qu'ils se mettent d'accord, si cela est possible: que, pour ce faire, ils doivent inévitablement prendre en considération des opinions divergentes; que, si un membre se retrouve en minorité et enclin à ne pas partager l'opinion des autres, il doit examiner la question avec soin, soupeser les avantages et les inconvénients de son point de vue et se rappeler qu'il a peut-être tort; que, si, ce faisant, il peut sincèrement en arriver à un point de vue différent et, par conséquent, à souscrire à l'opinion de la majorité, il doit le faire, mais que, s'il ne le peut pas, conformément au serment qu'il a prêté, et s'il ne peut pas rallier les autres à son point de vue, alors il a le devoir de diverger d'opinion, et, en raison de l'absence d'accord, il n'y aura pas de verdict.

Ce type de directive a été appliqué dans un certain nombre d'affaires: voir *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (C.A.C.-B.); *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (C.A. Ont.); *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (C.A.T.Y.); *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.).

20

21

22

However, Lord Denning's suggested directions put forward in *Shoukatallie*, *supra*, were ultimately replaced by the English Court of Criminal Appeal in *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1. That decision was rendered subsequent to the enactment of the *Criminal Justice Act 1967*, 1967 (U.K.), c. 80. Section 1 of that Act introduced the concept of a majority verdict, but provided that the jury must have had not less than two hours of deliberation before a majority verdict, reached by at least 10 members of the jury, could be accepted. In the *Watson* case, the court stressed the importance of allowing the jury to deliberate without imposing any form of pressure upon it. The *Walhein* direction was criticized for introducing extraneous considerations such as time and expense, and for including suggestions about the possible benefit to the accused if the jury were to reach a unanimous verdict.

New Zealand

23

The New Zealand Court of Appeal undertook a very careful and extensive review of the law pertaining to exhortations in *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46. In that case the accused was charged with sexual violation by rape. The decisions in *Shoukatallie*, *supra*, *Watson*, *supra*, and the Canadian decisions including *Littlejohn*, *supra*, were considered. The New Zealand court then set out what it considered to be the three fundamental factors which must be taken into consideration in the drafting of an acceptable exhortation. Namely, (1) the jurors have a responsibility to accept their duty of endeavouring to give a verdict according to the evidence; (2) that collective deliberation and exchange of views is the essence of the jury system; and (3) that no juror should change his or her mind merely for the sake of conformity or out of submission to pressure by the other jurors.

Canada

24

Canadian courts have also struggled with the problem of the appropriate direction which ought to be given to a jury which appears to be deadlocked. In *Littlejohn*, *supra*, Martin J.A., on behalf of the Ontario Court of Appeal, observed at p. 168 that in exhorting a jury, "the trial Judge must avoid

Cependant, la directive proposée par lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie*, précité, a été ultérieurement remplacée par la Court of Criminal Appeal d'Angleterre, dans *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1. Cet arrêt a été rendu après l'adoption de la *Criminal Justice Act 1967*, 1967 (R.-U.), ch. 80. Le premier article de cette loi introduisait le concept du verdict majoritaire, mais prévoyait que le jury devrait avoir délibéré pendant au moins deux heures pour que le verdict majoritaire d'au moins 10 membres du jury puisse être accepté. Dans l'affaire *Watson*, la cour a insisté sur l'importance de permettre au jury de délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. La directive *Walhein* a été critiquée parce qu'elle faisait intervenir des considérations extérieures comme le temps et le coût, et parce qu'on y mentionnait l'avantage que pourrait tirer l'accusé si le jury parvenait à un verdict unanime.

La Nouvelle-Zélande

Dans l'arrêt *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a entrepris un examen très minutieux et approfondi du droit relatif aux exhortations. Dans cette affaire, l'accusé faisait face à une accusation de viol. La cour a examiné les arrêts *Shoukatallie* et *Watson*, précités, de même que des arrêts canadiens, y compris *Littlejohn*, précité. La cour néo-zélandaise a alors énoncé ce qu'elle considérait comme les trois facteurs fondamentaux à prendre en considération pour produire une exhortation acceptable, à savoir: (1) les jurés ont la responsabilité d'accepter leur devoir de s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve, (2) les délibérations collectives et l'échange de points de vue sont l'essence du système du jury, et (3) nul juré ne devrait changer d'avis simplement par souci de conformité ou en raison des pressions exercées par les autres jurés.

Le Canada

Les tribunaux canadiens ont été également aux prises avec le problème de la directive à donner à un jury apparemment dans l'impasse. À la page 168 de l'arrêt *Littlejohn*, précité, le juge Martin, a fait observer au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, que, lorsqu'il exhorte un jury, [TRADUCTION]

language which is coercive, and which constitutes an interference with the right of the jury to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressures". He held, at p. 168, that in determining what was coercive and what was permissible, "the entire sequence of events leading up to the direction which is assailed, must be considered".

The reasoning in *Littlejohn*, *supra*, was followed in *R. v. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184, affirmed [1993] 1 S.C.R. 468. In that decision, the Ontario Court of Appeal once again noted that the exhortation should not be given in a manner which tempts a juror to abandon an honestly held view of the evidence by a reference to extraneous matters. It was emphasized that where deadlock occurs a juror should not be encouraged to avoid the oath sworn to bring in an honest verdict based upon the evidence.

Principles to be Derived From These Cases

The following principles can, I believe, be derived from these cases. (1) Pursuant to their oath, jurors must endeavour to render a verdict based upon the evidence which has been adduced before them. (2) The strength and genius of trial by jury is that members of the community reason together to reach a verdict based solely upon the evidence. (3) It follows from the last principle that it is important to allow a jury to deliberate without imposing any form of pressure upon them. (4) If a jury has apparently reached an impasse, any exhortation given should avoid introducing factors which are extraneous and irrelevant to the task of reaching a verdict, and should not encourage a juror, by reference to extraneous considerations or by exerting unwarranted pressures, to abandon an honestly held view of the evidence. The exhortation must not interfere with the right of jurors to deliberate in complete freedom uninfluenced by extraneous pressure. (5) It follows that a juror should not be encouraged or exhorted to change his or her mind simply for the sake of conformity. (6) A deadline for reaching a verdict should not be imposed and a jury should never be rushed into returning a verdict.

«le juge du procès doit éviter d'utiliser un langage coercitif qui constitue un empiétement sur le droit du jury de délibérer tout à fait librement, sans subir des pressions extérieures». Il a statué, à la p. 168, que pour déterminer ce qui est coercitif et ce qui est permis, [TRADUCTION] «il faut considérer toute la suite des événements qui ont abouti à la directive attaquée».

Le raisonnement adopté dans *Littlejohn*, précité, a été suivi dans l'arrêt *R. c. Alkerton* (1992), 72 C.C.C. (3d) 184, confirmé par [1993] 1 R.C.S. 468. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a de nouveau fait remarquer que l'exhortation ne devrait pas être de nature à tenter un juré d'abandonner sa perception sincère de la preuve, pour des considérations extérieures. La cour a souligné qu'en cas d'impasse un juré ne devrait pas être encouragé à manquer à son serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve.

Les principes à dégager de cette jurisprudence

Selon moi, il est possible de dégager les principes suivants de cette jurisprudence. (1) Conformément à leur serment, les jurés doivent s'efforcer de rendre un verdict fondé sur la preuve qui leur a été soumise. (2) Le procès devant jury tire sa force et son mérite du fait que des membres de la collectivité raisonnent ensemble dans le but de parvenir à un verdict fondé uniquement sur la preuve. (3) De ce dernier principe découle l'importance de permettre au jury de délibérer sans être soumis à aucune forme de pression. (4) Dans le cas où un jury est apparemment dans l'impasse, toute exhortation doit éviter de faire intervenir des considérations extérieures qui n'ont rien à voir avec la tâche de parvenir à un verdict, et d'encourager un juré à abandonner sa perception sincère de la preuve, en faisant référence à des considérations extérieures ou en exerçant des pressions injustifiées. L'exhortation ne doit pas empiéter sur le droit des jurés de délibérer en toute liberté sans être influencés par des pressions extérieures. (5) Il s'ensuit qu'un juré ne doit pas être encouragé ou exhorté à changer d'avis par simple souci de conformité. (6) Aucune échéance pour parvenir à un verdict ne doit être imposée et le jury ne doit jamais être pressé de rendre son verdict.

25

26

*Application of the Principles to this Case*I. Reference to Public Expense and Inconvenience

27 It will be remembered that during the exhortation given in this case, the following references to public expense appeared:

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

28 In the *Watson* case when disapproving the *Walheim* direction, the Criminal Court of Appeal held that a reference to the expense and inconvenience of a new trial had an undesirable coercive effect and created a potent incentive for the minority to agree with the majority. Without deciding that such a direction would always constitute a form of coercion, the English Court of Appeal put its position in this way at p. 7:

One starts from the proposition that a jury must be free to deliberate without any form of pressure being imposed upon them, whether by way of promise or of threat or otherwise. They must not be made to feel that it is incumbent upon them to express agreement with a view they do not truly hold simply because it might be inconvenient or tiresome or expensive for the prosecution, the defendant, the victim or the public in general if they do not do so.

29 The New Zealand Court of Appeal was even more emphatic in the opinion it expressed in *Accused, supra*. It took the position that such a reference should be avoided. This view was expressed in these words at p. 58:

*Application de ces principes à la présente affaire*I. La mention du coût et des inconvénients pour le public

On se souviendra que, dans l'exhortation adressée en l'espèce, les mentions suivantes du coût pour le public ont été faites:

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Dans l'arrêt *Watson*, en désapprouvant la directive *Walheim*, la Court of Criminal Appeal a statué que la mention du coût et des inconvénients d'un nouveau procès avait un effet coercitif peu souhaitable et était susceptible d'inciter les jurés minoritaires à se mettre d'accord avec les jurés majoritaires. Sans décider qu'une telle directive constituerait toujours une forme de coercion, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre exprime son point de vue de la façon suivante, à la p. 7:

[TRADUCTION] Il faut partir du principe que les jurés doivent être libres de délibérer sans être soumis à aucune pression, que ce soit sous forme de promesse, de menace ou autrement. On ne doit pas leur faire sentir qu'il leur incombe de souscrire à un point de vue qu'ils ne partagent pas vraiment, simplement parce que s'ils ne le faisaient pas, cela pourrait être gênant, ennuyeux ou coûteux pour la poursuite, la partie défenderesse, la victime ou le public en général.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a été encore plus catégorique dans l'opinion qu'elle a exprimée dans l'arrêt *Accused*, précité. Elle s'est dite d'avis qu'une telle mention devrait être évitée. Elle s'est exprimée ainsi, à la p. 58:

... a reference to great public inconvenience and expense, even when coupled as in *Walhein* with “if jurors cannot agree owing to the unwillingness of one of their number to listen to the arguments of the rest”, is, in our opinion, best avoided. Inconvenience and expense should not be measured against justice.

I am in complete agreement with this finding. The model exhortation devised by the New Zealand Court of Appeal specifically, and correctly in my view, stipulated that jurors should not give in or withdraw from their position merely for the sake of avoiding inconvenience.

In fact, the authorities are unanimous in their condemnation of any reference to such extraneous concerns as inconvenience and expense. See also *Black v. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44 (Aust. H.C.); *Alkerton, supra*; *Isaac, supra*; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.). In the case at bar, the trial judge not only referred to inconvenience and expense but indicated that it was a factor for the jury’s consideration even though he stated that it might not be an important factor.

In my view, the reference to expense and inconvenience introduces an irrelevant, extraneous factor into the deliberations of the jury. It is, as well, coercive in that it is bound to make the minority feel that they must agree with the majority in order to prevent the expense of a new trial and to avoid wasting the cost incurred in the trial in which they have participated. It is a significant factor which would influence a juror to disregard the oath and arrive at a verdict based on factors other than the evidence produced during the trial. It is an element that should not be referred to in an exhortation. Nor do the subsequent references by the trial judge that he was not asking any of the jurors to betray their oath rectify the situation. At the end of the trial, this completely irrelevant and highly coercive element was specifically introduced as a factor to be considered in the jury’s deliberations. In my view, the error was such that it could not be cured and it was sufficient in itself to warrant a new trial.

[TRADUCTION] . . . il vaut mieux, selon nous, éviter la mention d’un coût et d’inconvénients importants pour le public, même combinée, comme dans l’arrêt *Walhein*, aux termes «lorsque les jurés ne peuvent parvenir à un accord en raison du refus d’un des leurs d’écouter les arguments des autres». Les inconvénients et le coût ne devraient pas être soupesés en fonction de la justice.

Je suis entièrement d’accord avec cette conclusion. Le modèle d’exhortation conçu par la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande précisait, à juste titre, selon moi, que les jurés ne doivent pas renoncer à leur position ou l’abandonner simplement pour éviter des inconvénients.

En fait, la jurisprudence condamne unanimement toute mention de considérations extérieures comme les inconvénients et le coût. Voir aussi les arrêts *Black c. The Queen* (1993), 179 C.L.R. 44 (H.C. Austr.); *Alkerton*, précité; *Isaac*, précité; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.). En l’espèce, le juge du procès a non seulement mentionné les inconvénients et le coût, mais encore il a indiqué que c’était là un facteur que le jury devait prendre en considération, même s’il a ajouté que ce n’était peut-être pas un facteur important.

À mon avis, la mention du coût et des inconvénients introduit un facteur extérieur et non pertinent dans les délibérations du jury. Elle est aussi coercitive en ce sens qu’elle ne manquera pas de faire sentir aux jurés minoritaires qu’ils doivent se mettre d’accord avec la majorité pour éviter le coût d’un nouveau procès et pour empêcher que le coût du procès auquel ils ont participé ne soit réduit à une pure perte. C’est un facteur important qui inciterait un juré à faire abstraction du serment prêté et à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve soumise au procès. C’est une mention qui ne devrait pas figurer dans une exhortation. Les mentions subséquentes du juge du procès, dans lesquelles il a précisé qu’il ne demandait pas aux jurés de manquer à leur serment, ne remédient pas non plus à la situation. À la fin du procès, cet élément sans aucune pertinence et très coercitif a été spécialement présenté comme un facteur qui devait être pris en considération dans les délibéra-

30

31

32

However, there are other aspects of this exhortation which lead to the same result.

II. The Benefit of a Verdict to the Accused

33 The exhortation in this case inferred that a verdict might be of benefit both to the accused and to the complainant. It was put forward in this way:

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [*sic*] able to do so.

34 This type of reference to a possible benefit accruing to the accused and witnesses if a verdict could be reached has also been correctly disapproved. The concern expressed has been twofold. First, with respect to the complainant, it has been held that such a reference may encourage what could be an inappropriate sympathetic influence into the reasoning process of the jurors, particularly at this stage of the proceedings. With regard to the accused, the reference may be misleading since if the result of the exhortation is a verdict of guilty, it is obviously not in the best interest of the accused that a verdict be rendered.

35 The position was put in this way by the New Zealand Court of Appeal in *Accused, supra*, at pp. 58-59:

A specific reference to a further ordeal for the accused seems somewhat out of touch with the likely reality of

tions du jury. À mon avis, cette erreur était telle qu'elle ne pouvait pas être corrigée et elle était suffisante en soi pour justifier un nouveau procès. Il y a cependant d'autres aspects de cette exhortation qui mènent à la même conclusion.

II. L'avantage d'un verdict pour l'accusé

En l'espèce, on a laissé entendre, dans l'exhortation, qu'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante. Le juge du procès s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant.

Ce type de mention d'un avantage que pourraient éventuellement tirer l'accusé et les témoins si un verdict pouvait être prononcé a aussi été désapprouvé, à juste titre, pour deux raisons. Premièrement, en ce qui concerne le plaignant, il a été statué qu'une telle mention peut incorrectement susciter un sentiment de sympathie dans le processus de raisonnement des jurés, particulièrement à ce stade des procédures. Quant à l'accusé, la mention peut être trompeuse, étant donné que, si l'exhortation entraîne un verdict de culpabilité, il n'est évidemment pas dans l'intérêt de l'accusé qu'un verdict soit rendu.

Dans l'arrêt *Accused*, précité, aux pp. 58 et 59, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande expose ainsi ce point de vue:

[TRADUCTION] La mention particulière d'une autre épreuve pour l'accusé semble diverger quelque peu des

the accused's preferences. Although it may do little harm, we think it best avoided. Similarly, on balance we think it will be better in future if express reference to the ordeal for other witnesses, including a complainant, is omitted.

Similarly, in the English case of *Watson, supra*, the Court gave the following caution at p. 8:

Hints that it may be of benefit to the defendant if the jury can only sink their differences may be misleading if, as is usually the case, the minority are for an acquittal. Agreement will in those circumstances mean conviction, continued disagreement will mean at the worst a retrial with the consequent chance of acquittal.

I agree with these conclusions. Quite simply such a reference should not be included in the exhortation. In the case under consideration this error in itself may not have unduly influenced the jury and thus warrant a new trial. However, it is simply another factor which supports the conclusion that a new trial must be ordered.

III. The Suggestion that the Minority Should Consider What the Majority Were Saying

The trial judge instructed the jury that the minority might want to reconsider what the majority are saying. There is much to be said for the position that the mere suggestion that a juror should listen to fellow jurors may not be, in itself, improper. What is essential is that there should not be any suggestion that a juror should abandon his or her honestly held view in favour of the majority position. In *Watson, supra*, the English Court of Appeal specifically considered a unilateral direction given by a trial judge to those in the minority to listen to the majority. The Court, correctly in my view, concluded at p. 3 that such a direction could well be construed as "an encouragement to the dissenting minority to fall in with the majority whilst continuing to disagree with their views".

McLachlin J., in *Sims, supra*, sagely observed at p. 866 that "[t]ypically, an accused's fair trial

préférences probables de l'accusé. Quoiqu'elle puisse être assez inoffensive, nous croyons qu'il vaut mieux l'éviter. De même, tout bien considéré, nous pensons qu'il sera préférable à l'avenir de s'abstenir de mentionner expressément l'épreuve qui en résulterait pour d'autres témoins, dont le plaignant.

De même, dans l'arrêt anglais *Watson*, précité, la cour fait la mise en garde suivante, à la p. 8:

[TRADUCTION] Laisser entendre qu'il pourrait être avantageux pour le défendeur que les jurés puissent aplanir leurs différences peut être trompeur si, comme c'est habituellement le cas, la minorité est en faveur d'un acquittement. Un accord dans ces circonstances signifie une déclaration de culpabilité, alors que la continuation du désaccord signifie au pire un nouveau procès avec les chances d'acquittement qui en résultent.

Je suis d'accord avec ces conclusions. L'exhortation ne devrait tout simplement pas comporter une telle mention. En l'espèce, il se peut que cette erreur n'ait pas en soi influencé indûment le jury de manière à justifier un nouveau procès. Toutefois, c'est simplement un autre facteur à l'appui de la conclusion qu'un nouveau procès doit être ordonné.

III. La proposition que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires

Le juge du procès a dit au jury que les jurés minoritaires pourraient peut-être vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires. On peut soutenir qu'il n'est peut-être pas incorrect en soi de suggérer simplement qu'un juré écoute des collègues jurés. Ce qui importe, c'est de ne pas suggérer qu'un juré abandonne, en faveur de l'opinion de la majorité, son point de vue sincère. Dans l'arrêt *Watson*, précité, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre a expressément examiné une directive unilatérale d'un juge du procès aux jurés minoritaires d'écouter les jurés majoritaires. À la page 3, la cour a conclu, à juste titre selon moi, qu'une telle directive pouvait bien être interprétée comme [TRADUCTION] «un encouragement apporté à la minorité dissidente à se rallier à la majorité tout en continuant d'être en désaccord avec elle».

À la page 866 de l'arrêt *Sims*, précité, le juge McLachlin a judicieusement fait observer qu'«[o]n

36

37

38

interest has been found to have been prejudiced when the judge's remarks indicated to the jurors that they 'should be' or 'ought to be' unanimous or that minority members should conform to the opinion of the majority".

39 Similarly, in *Littlejohn*, *supra*, Martin J.A. held at p. 168 that:

The trial Judge equally must avoid the use of language which is likely to convey to a juror that, despite his own doubts, genuinely entertained, he is, none the less, entitled to give way and agree with the majority of his colleagues in the interest of achieving unanimity: see *R. v. Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11.

40 In my view, it would be preferable for a trial judge to avoid putting the situation in confrontational terms of opposing sides. Rather the exhortation should appeal to the individual jurors to once again reason together. At the very least, if such a suggestion is made, it must state that both sides should listen to each other and consider the opinions of others. If that is not done, the jury may quite rightly assume that the trial judge is directing them that the majority opinion is right simply because it is the view of the majority and that the minority should no longer try to convert the majority to their point of view.

41 In the case at bar, the effect of this aspect of the erroneous exhortation may have been reduced as a result of the twice repeated reminder by the trial judge that they should not betray their oath. Nonetheless, the cumulative effect of this error when taken together with the others, must have had a coercive effect upon the jurors. This conclusion, I think, is supported by the fact that it took just 15 minutes following the exhortation for the jury to return with a guilty verdict.

The Significance of the Short Time Elapsed Between the Exhortation and the Return of the Guilty Verdict

42 The speed with which the jury reached its verdict after the exhortation seems to me to be a clear indication of the significance the jury attached to

juge habituellement que le droit de l'accusé à un procès équitable est lésé lorsque les remarques d'un juge indiquaient aux jurés qu'ils «devraient être» unanimes ou que les membres de la minorité devraient se rallier à l'opinion de la majorité».

De même, dans *Littlejohn*, précité, le juge Martin statue, à la p. 168:

[TRADUCTION] Le juge du procès doit également éviter d'utiliser un langage susceptible de faire comprendre à un juré qu'en dépit de ses propres doutes, qu'il éprouve sincèrement, il a néanmoins le droit de céder et de se rallier à la majorité de ses collègues dans le but de réaliser l'unanimité: voir *R. c. Davey* (1960), 45 Cr. App. R. 11.

À mon avis, il serait préférable que le juge du procès évite de présenter la situation comme une confrontation entre parties opposées. L'exhortation devrait plutôt inviter chacun des jurés à poursuivre le raisonnement avec les autres. À tout le moins, si une telle invitation est lancée, elle doit préciser que les deux côtés devraient s'écouter mutuellement et examiner leurs opinions respectives. Si cela n'est pas fait, les jurés pourront présumer, tout à fait à juste titre, que le juge du procès est en train de leur dire que l'opinion majoritaire est correcte simplement parce que c'est le point de vue de la majorité et que la minorité ne devrait plus tenter de rallier la majorité à son point de vue.

En l'espèce, l'incidence de cet aspect de l'exhortation fautive peut avoir été réduite du fait que le juge du procès a rappelé, à deux reprises, aux jurés qu'ils ne devaient pas manquer à leur serment. Néanmoins, cette erreur, considérée avec les autres erreurs commises, a dû avoir un effet cumulatif coercitif sur les jurés. J'estime que cette conclusion est appuyée par le fait qu'à la suite de l'exhortation il n'a fallu au jury que 15 minutes pour rendre un verdict de culpabilité.

L'importance du bref délai écoulé entre l'exhortation et le prononcé d'un verdict de culpabilité

La rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict après l'exhortation du juge du procès me semble indiquer clairement l'importance que le

the trial judge's exhortation. It demonstrates that it must have had a coercive impact on the minority who up to that time had obviously been unmoved by the arguments of the majority.

The same conclusion was reached by Bull J.A. in *Palmer, supra*, where once again the verdict was returned 15 minutes after an impugned exhortation. This led Bull J.A. to write at p. 412:

... exhortations, no matter how benevolent in tone and purpose, must be examined with the greatest of care to ensure that no prejudice to the accused has resulted therefrom. This may be particularly so where, as in this case, an exhortation to strive to reach a verdict given after many hours of apparent disagreement is followed very shortly by a guilty verdict. [Emphasis added.]

When a verdict is reached very shortly after the exhortation has been given, an appellate court may reasonably infer that something was said which induced one or more members of the jury to change their position. This was the inference drawn in both *R. v. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194, where the jury returned after 10 minutes and in *Alkerton, supra*. In the latter case, the jury had deliberated for six and a half hours after hearing relatively clear and straightforward evidence which strongly suggested the guilt of the accused. Nonetheless, a verdict of not guilty was delivered just 14 minutes after the trial judge gave an exhortation which could be taken as arousing sympathy for the accused and his wife, and thereby encouraging a jury verdict based on factors other than the evidence adduced.

In this case, the very short interval of 15 minutes between the exhortation and the rendering of the verdict suggests that the decision was made, not on the basis of the reasoning together of members of the community, but as a result of some jurors abandoning their honestly held view. It seems highly unlikely that a deadlocked jury could, by reasoning together, have resolved their differences so quickly. Certainly the verdict could not have been reached as a result of reasoned discussion. Rather it would seem that the majority position was simply adopted. This could well have

jury a accordée à cette exhortation. Cela démontre qu'elle a dû avoir un effet coercitif sur la minorité qui, jusque-là, était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité.

Le juge Bull est arrivé à la même conclusion dans *Palmer, précité*, où, là encore, le verdict avait été prononcé 15 minutes après l'exhortation contestée. Cela a fait dire au juge Bull, à la p. 412:

[TRADUCTION] [les] exhortations, peu importe leur ton et leur objet bienveillants, doivent être néanmoins étudiées avec le plus grand soin afin d'assurer qu'il n'en a résulté aucun préjudice pour l'accusé. Cela est peut-être particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, une exhortation à rendre un verdict, après plusieurs heures de désaccord manifeste, est suivie de très près d'un verdict de culpabilité. [Je souligne.]

Lorsqu'un verdict est rendu très peu de temps après l'exhortation, une cour d'appel peut raisonnablement déduire que l'on a dit quelque chose qui a incité un seul ou plusieurs jurés à changer d'avis. C'est ce qui a été déduit dans l'arrêt *R. c. Flesh (No. 2)* (1993), 23 B.C.A.C. 194, où le jury est revenu 10 minutes plus tard, et dans l'arrêt *Alkerton, précité*. Dans ce dernier cas, le jury avait délibéré pendant six heures et demie après avoir entendu une preuve relativement claire et simple qui indiquait fortement que l'accusé était coupable. Un verdict de non-culpabilité a néanmoins été rendu seulement 14 minutes après que le juge du procès eut adressé une exhortation qui pouvait être interprétée comme suscitant de la sympathie pour l'accusé et son épouse, et donc comme encourageant le jury à rendre un verdict fondé sur des considérations autres que la preuve présentée.

En l'espèce, le très court intervalle de 15 minutes entre l'exhortation et le prononcé du verdict permet de penser que la décision n'est pas fondée sur le raisonnement collectif de membres du public, mais résulte du fait que certains jurés ont abandonné leur point de vue sincère. Il semble très improbable que les membres d'un jury dans l'impasse aient pu aplanir leurs divergences aussi rapidement en raisonnant ensemble. Il est certain que le verdict n'a pu être rendu à la suite d'une discussion rationnelle. Il semblerait plutôt que l'on a simplement adopté le point de vue de la majorité.

43

44

45

resulted from the extraneous factors introduced into the deliberations by the exhortation.

Cela pouvait bien avoir résulté des considérations extérieures que l'exhortation avait fait intervenir dans les délibérations.

46 The announcement by a jury that it is deadlocked indicates that it is having a problem performing its ultimate function. The exhortation then given by the trial judge is of vital importance. It is the last word that the jury will have on the issue. It is therefore essential that the exhortation must be free of anything that would lead to the undermining of the jurors' oath to give a true verdict according to the evidence.

Lorsqu'un jury déclare qu'il est dans l'impasse, cela indique qu'il éprouve de la difficulté à remplir la fonction qui lui incombe en dernière analyse. L'exhortation que le juge lui adresse alors est d'une importance vitale. C'est le dernier mot que le jury entendra sur la question. Il est donc essentiel que l'exhortation soit exempte de tout ce qui pourrait miner le serment des jurés de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve.

47 In my view, the reference to inconvenience and expense introduced such extraneous and irrelevant elements into the jury's deliberations and placed such unwarranted pressure upon the jurors that it could not be cured by the reference to the jurors' oath and in itself necessitates a new trial. Further, that error, coupled with the reference to the benefit of a verdict to the accused and complainant and the improper suggestion that the minority consider what the majority was saying without the reciprocal instruction to the majority, had the cumulative effect of requiring a new trial. That must be the result of the erroneous exhortation given in this case.

À mon avis, la mention des inconvénients et du coût a fait intervenir de telles considérations extérieures et non pertinentes dans les délibérations du jury et l'a soumis à une pression injustifiée telle qu'elle ne pouvait être éliminée par la mention du serment des jurés, nécessitant en soi la tenue d'un nouveau procès. De plus, l'effet cumulatif de cette erreur, conjuguée à la mention de l'avantage d'un verdict pour l'accusé et la plaignante et à la proposition incorrecte que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires sans que ces derniers reçoivent la même directive, rend nécessaire la tenue d'un nouveau procès. Ce doit être la conséquence de l'exhortation erronée en l'espèce.

Suggested Direction to the Jury

Exemple de directive au jury

48 I put forward the following example as one way in which an exhortation could be given to a jury. It is not meant to be followed slavishly as a magic incantation, but rather it is simply a suggestion that may be helpful to trial judges confronted with the need to give some direction to a jury which appears to be deadlocked. The direction might be given along these lines:

Je présente l'exemple ci-dessous comme une façon d'adresser une exhortation au jury. Il n'est pas nécessaire de le suivre à la lettre comme une incantation magique; il s'agit plutôt d'une simple suggestion qui peut être utile aux juges du procès confrontés à la nécessité de donner une directive à un jury qui paraît être dans l'impasse. Cette directive pourrait prendre la forme suivante:

Members of the Jury, you are having difficulty reaching a unanimous verdict. While it is not imperative that you do so, it is obviously desirable. You have sworn to give a true verdict based upon the evidence and that you must do your utmost to achieve. I have the discretion to discharge you from giving a verdict where it appears that further deliberation would be futile. However, this power should not be exercised lightly or too quickly. Fre-

Membres du jury, vous éprouvez de la difficulté à rendre un verdict unanime. Bien qu'il ne soit pas obligatoire que vous y parveniez, cela est évidemment souhaitable. Vous avez prêté serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, et vous devez faire de votre mieux pour y parvenir. J'ai le pouvoir discrétionnaire de vous libérer s'il appert que d'autres délibérations seraient futiles. Cependant, ce pouvoir ne doit pas être exercé à la

quently when juries are given more time to deliberate they are able to reach an agreement.

My objective is not to convince you to change your minds but rather, to encourage you to present your own view of the evidence to your fellow jurors to ensure that everyone's opinion has been duly considered. While you may have already formed an opinion as to the proper verdict I would ask that you still keep an open mind and carefully consider your colleagues' viewpoints. However, in reconsidering your position I remind you that at the beginning of the trial each of you took an oath to return a true verdict according to the evidence. It is crucial that no one betray that oath. Therefore, your verdict must be based on the evidence alone and you must not allow yourselves to be influenced by any extraneous considerations.

The essence of the jury system is the process of reasoning together by exchanging views and deliberating together. It is expected that you will pool your views of the evidence and listen carefully to one another. This means that there must be some give and take in the exchange of opinions. I must emphasize that this does not mean you should subordinate your own genuinely held view of the evidence for the sake of reaching a consensus. It is of course desirable that a unanimous verdict be rendered; yet this may be one of those occasions where you are unable to do so. This will not reflect badly upon you provided that you have made an honest effort to try the case to the best of your abilities.

Therefore, I would ask you to try once again to reach a verdict. This is a time to reflect further on the evidence to see if, by listening to each other, by carefully considering the various positions, and by reasoning together, you can come to an agreement and render a unanimous verdict.

I would add that although such a direction would be appropriate in this case and others like it, the

légère ou trop rapidement. Il arrive souvent que les jurés puissent parvenir à un accord lorsqu'on leur donne plus de temps pour délibérer.

Mon objectif n'est pas de vous convaincre de changer d'idée, mais, plutôt, de vous encourager à présenter à vos collègues jurés votre propre perception de la preuve, de manière à assurer que l'opinion de chacun soit dûment prise en considération. Bien que vous vous soyez peut-être déjà formé une opinion sur le verdict qui devrait être prononcé, je vous demande de garder l'esprit ouvert et d'examiner soigneusement le point de vue de vos collègues. Toutefois, en reconsidérant votre propre point de vue, vous devez vous rappeler le serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve, que vous avez tous prêté au début du procès. Il est essentiel que nul ne manque à ce serment. Par conséquent, votre verdict doit être fondé sur la preuve seulement et vous ne devez pas vous laisser influencer par des considérations extérieures.

Le processus de raisonnement collectif fondé sur l'échange de points de vue et la délibération est l'essence du système du jury. On s'attend à ce que vous mettiez en commun vos perceptions de la preuve et à ce que vous vous écoutiez mutuellement. Cela veut dire que certains compromis doivent être faits lors de l'échange de points de vue. Je dois souligner que cela ne signifie pas que vous devez subordonner votre propre perception sincère de la preuve à la réalisation d'un consensus. Il est évidemment souhaitable qu'un verdict unanime soit rendu, mais il se peut que ce soit une affaire où il vous sera impossible de le faire. Cela n'aura aucune incidence négative sur vous si vous vous êtes efforcés sincèrement de juger l'affaire de votre mieux.

Par conséquent, je vous demanderais d'essayer de nouveau de parvenir à un verdict. Il s'agit d'approfondir votre réflexion sur la preuve pour voir si, en vous écoutant mutuellement, en examinant soigneusement les divers points de vue et en raisonnant ensemble, vous pouvez parvenir à un accord et rendre un verdict unanime.

J'ajouterais que, même si une telle directive conviendrait dans le présent cas et dans d'autres

situation presented in another case may require a different type of direction.

The Test for Appellate Review of Instructions Given to the Jury as an Exhortation

49 Counsel for the respondent contended that consideration of the jury exhortation should fall under s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to determine whether “on any ground there was a miscarriage of justice”, rather than under s. 686(1)(a)(ii) where the focus would be on whether an error of law was committed. The Court of Appeal adopted this approach and concluded that there was no miscarriage of justice since the appellant had not established that the exhortation was unfair. With the greatest respect, I cannot agree with this position. In my view, there is no basis for treating the errors of law made in the course of an exhortation any differently from such errors committed in any other part of the instructions to the jury, or during the trial.

50 Not every improper reference in an exhortation will lead to a new trial. Instead, the exhortation must be viewed as a whole and in the context of the proceedings. The length of the deliberations, the nature of the question asked by the jury, and the length of the deliberations following the exhortation are all relevant. In considering all of these factors, an appellate court must determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in complete freedom from extraneous considerations or pressures, or caused a juror to concur with a view that he or she did not truly hold.

51 There is a preponderance of authority which has properly concluded that it is improper for a trial judge to refer, in a jury exhortation, to the public expense and inconvenience resulting from a mistrial, the benefit of a verdict to the accused or a witness, the hardship of another trial for all parties concerned, or to suggest that the minority consider what the majority is saying. When the impugned statements are considered in the context of the exhortation as a whole, together with the short

affaires semblables, un autre type de directive peut s'avérer nécessaire dans d'autres cas.

Le critère applicable à l'examen en appel de directives données pour exhorter le jury

L'avocat de l'intimée a soutenu que l'examen de l'exhortation au jury devrait relever du sous-al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, afin de déterminer si «pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire», plutôt que du sous-al. 686(1)a)(ii), où l'accent est mis sur la question de savoir si une erreur de droit a été commise. La Cour d'appel a adopté ce point de vue et a conclu qu'il n'y avait aucune erreur judiciaire étant donné que l'appellant n'avait pas établi que l'exhortation était inéquitable. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. À mon avis, il n'y a aucune raison de traiter les erreurs de droit commises dans une exhortation d'une façon différente des erreurs de droit commises dans toute autre directive au jury ou pendant le procès.

Toute mention incorrecte dans une exhortation n'entraînera pas nécessairement un nouveau procès. Il faut plutôt considérer l'exhortation dans son ensemble et dans le contexte des procédures. La durée des délibérations, la nature de la question posée par le jury et la durée des délibérations après l'exhortation sont toutes pertinentes. Lors de l'examen de tous ces facteurs, la cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou empiété sur son droit de délibérer tout à fait librement, en l'absence de considérations ou de pressions extérieures, ou encore qu'elles aient amené un juré à souscrire à un point de vue qu'il ne partageait pas vraiment.

Il existe une jurisprudence prépondérante qui conclut, à juste titre, qu'il est inapproprié pour un juge du procès de mentionner, dans une exhortation au jury, le coût et les inconvénients pour le public qui résulteraient d'une annulation de procès, l'avantage d'un verdict pour l'accusé ou un témoin, les difficultés qu'un autre procès causerait à toutes les parties concernées, ou encore de proposer que les jurés minoritaires examinent les propos des jurés majoritaires. Lorsque les mentions

time which elapsed prior to rendering the verdict, I have no difficulty concluding that the exhortation must have interfered with the jury's ability to deliberate free from extraneous considerations. Further, it may have induced or coerced the jurors in the minority to subordinate their own genuinely held views simply for the sake of achieving unanimity. Thus, the trial judge clearly committed errors of law and the accused is entitled to a new trial. The appeal must be allowed unless the curative provision embodied in s. 686(1)(b)(iii) applies.

The exhortation was made at a critical and delicate point in the trial. It arguably had a greater impact on the verdict than any other instructions to the jury. Once it is determined that the exhortation may have improperly coerced the jury to reach a verdict, it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same in the absence of the error. This is the test that must be met pursuant to s. 686(1)(b)(iii). Since the exhortation may have improperly affected the jury's verdict it would not be appropriate to apply the curative provision set out in the section.

Conclusion

It follows that I would allow the appeal and direct a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal concerns the proper instructions which should be given to a jury by a trial judge once the jury has declared that it is deadlocked and cannot reach a verdict. In addition, it also raises the question of the appropriate standard of appellate review where those instructions are alleged to be deficient.

My colleague has determined that the exhortation by the trial judge to the jury in this case was improper, and that it must have interfered with the

contestées sont examinées en fonction de l'ensemble de l'exhortation, et en fonction du court laps de temps écoulé avant le prononcé du verdict, je n'ai aucune difficulté à conclure que l'exhortation doit avoir diminué la capacité du jury de délibérer en l'absence de considérations extérieures. De plus, cela peut avoir amené ou contraint les jurés minoritaires à subordonner leur propre point de vue sincère à la simple réalisation de l'unanimité. Ainsi, le juge du procès a clairement commis des erreurs de droit et l'accusé a droit à un nouveau procès. Le pourvoi doit être accueilli à moins que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'applique.

L'exhortation a eu lieu à une étape cruciale et délicate du procès. On peut soutenir qu'elle a eu une plus grande incidence sur le verdict que toute autre directive au jury. Dès qu'il est déterminé que l'exhortation a pu contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, on ne peut pas affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence de l'erreur commise. C'est le critère auquel il faut satisfaire conformément au sous-al. 686(1)(b)(iii). Puisque l'exhortation a pu influencer incorrectement sur le verdict du jury, il ne conviendrait pas d'appliquer la disposition réparatrice de ce sous-alinéa.

Conclusion

Il s'ensuit que je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur les directives que le juge du procès devrait donner à un jury qui s'est déclaré incapable de se mettre d'accord et de parvenir à un verdict unanime. De plus, il soulève la question du standard approprié qui doit être appliqué en appel lorsqu'il est allégué que ces directives sont déficientes.

Mon collègue a décidé que l'exhortation du juge du procès au jury en l'espèce était incorrecte et qu'elle devait avoir eu une influence sur la capa-

52

53

54

55

jury's ability to deliberate freely. He also concludes that the exhortation may have been coercive. I disagree.

56

The facts and judgments of the lower courts have been recounted by Justice Cory and I need not reproduce them. Given the focus of this appeal, however, I believe it would be useful to set out the trial judge's exhortation to the jury in its unedited form. The version set out by Cory J. in his reasons contains only the impugned portions cited by the appellant. The full exhortation lasted a total of 15 minutes and reads as follows:

Members of the jury. I received a note this morning from the Sheriff from you which indicates that you appear to have reached an impasse. You would like some advice and some options.

Well, members of the jury, there are no options in these matters, save two: That of concluding the matter in the usually [*sic*] way of rendering verdicts or being unable to do so. Those are the options and the only options.

Now, in that regard I think I should make some observations to you. These sort of trials are not easy on any of the participants, and you are twelve of the participants.

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

cité du jury de délibérer librement. Il conclut aussi que l'exhortation peut avoir été coercitive. Je ne suis pas d'accord.

Les faits et les jugements rendus par les tribunaux d'instance inférieure ont été relatés par le juge Cory, ce qui me dispense de les reprendre. Cependant, étant donné l'objet du présent pourvoi, je crois utile de reproduire dans sa version intégrale l'exhortation du juge du procès au jury. Le juge Cory ne cite, dans ses motifs, que les passages contestés auxquels l'appelant renvoie. L'exhortation au complet a duré en tout 15 minutes et se lit ainsi:

[TRADUCTION] Membres du jury. Ce matin, le shérif m'a remis une note de votre part indiquant que vous êtes apparemment incapables de vous mettre d'accord. Vous aimeriez que des conseils et des choix vous soient offerts.

Eh bien! membres du jury, il n'y a que deux possibilités en l'espèce: clore l'affaire de la façon habituelle en rendant un verdict, ou être incapable de le faire. Ce sont là les seuls choix possibles.

Maintenant, je pense que je devrais vous formuler quelques observations à ce propos. Ce type de procès n'est facile pour aucun des participants, et vous êtes douze de ces participants.

Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

You are members of the jury in as good a position as any other twelve persons who would be hearing this case to render verdicts in this case.

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [being] able to do so. Others have done it.

But before you reach that point of saying to me, to the court, that we were unable to agree, there will have to be some more time spent. Putting it bluntly to you, I do not intend to let you off the hook this early.

You commenced your deliberations sometime in the afternoon. There was the supper hour. You did some work last evening, I think until 9 o'clock, and you retired for the evening. That's a long time. I am not one of those judges who let people go, let juries go in a matter of a few hours. There is just too much involved here. We would have to go through all this again, probably.

I appreciate that this is not an easy case. That when credibility is in issue, as it is in this case, it's not easy. It's not easy at all. But the accused has chosen you twelve people to make that determination. He hasn't asked the judge about that. He has asked for you twelve, twelve people from the community.

As I say, you are in as good a position now as any other twelve people would be to determine the guilt or innocence of this individual.

So, I have told you what the options are that you have asked me, and I have exhorted to make an effort, a new effort, to determine whether you can arrive at verdicts in this case. We will adjourn.

It is worth noting that the second half of the exhortation was not challenged in any way by the appellant. In my view, this portion is essential in appreciating the exhortation's total effect. Here, the trial judge concentrated upon the specific circumstances of the case and urged the jury to arrive

Vous, les membres du jury, êtes autant en mesure de rendre un verdict, en l'espèce, que douze autres personnes qui entendraient l'affaire.

Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant. Ce ne sera pas la première fois que cela se sera produit.

Mais avant que vous ne soyez sur le point de me dire, de dire à la cour, que vous êtes incapables de vous mettre d'accord, il faudra consacrer encore un peu de temps. Pour être franc avec vous, je n'ai pas l'intention de vous libérer si vite que ça.

Vous avez commencé vos délibérations au cours de l'après-midi. Il y a eu l'heure du souper. Hier soir, vous avez travaillé jusqu'à 21 h, je crois, après quoi vous êtes retirés pour la soirée. C'est beaucoup de temps. Je ne suis pas l'un de ces juges qui laissent les gens partir, qui laissent les jurés partir après seulement quelques heures. Il y a trop en jeu ici. Il nous faudrait tout reprendre, probablement.

Je comprends que la situation n'est pas facile. Que lorsque la crédibilité est en cause comme c'est le cas en l'espèce, ce n'est pas facile. Ce n'est pas facile du tout. Mais l'accusé vous a choisis tous les douze pour rendre une décision. Il ne s'est pas adressé au juge à ce sujet. Il a demandé à vous avoir les douze, douze membres de la collectivité.

Comme je l'ai dit, vous êtes maintenant aussi en mesure, que douze autres personnes, de décider de l'innocence ou de la culpabilité de cet individu.

Ainsi, je vous ai dit quels sont vos choix, comme vous me l'avez demandé, et je vous ai exhortés à faire un effort, un nouvel effort, pour voir si vous pouvez parvenir à un verdict dans cette affaire. Nous allons ajourner.

Il vaut la peine de souligner que l'appelant n'a absolument pas contesté la seconde partie de l'exhortation. À mon avis, cette partie est essentielle pour en apprécier tout l'effet. En l'espèce, le juge du procès a mis l'accent sur les circonstances particulières de l'affaire et a pressé les jurés de faire

at a verdict if it was at all possible to do so. With that in mind, I turn to the questions before us.

Analysis

58 For ease of reference, I will restate the issues raised on this appeal as set out by my colleague:

1. Did the charge and subsequent recharge to the jury adequately deal with the theory of the defence?
2. Was the exhortation to the jury objectionable or improper?
3. Did the Court of Appeal err in the standard it applied for setting aside the verdict?

1. *Was there a Failure to Outline the Position of the Defence?*

59 On this issue, I am in agreement with Cory J. that any error made by the trial judge in his original charge to the jury was corrected in the subsequent recharge. I have nothing whatsoever to add. I will therefore proceed directly to the question of whether the trial judge's exhortation to the jury was improper.

2. *Was the Exhortation Objectionable or Improper?*

60 This ground of appeal focuses upon the instructions made by the trial judge to the jury once it had announced it was deadlocked. The appellant contends that the exhortation was inappropriate in that it contained references which improperly coerced the jury to come to a verdict, when the proper result would have been a hung jury. As a result, the validity of the verdict cannot be maintained, and a new trial should be ordered.

61 To begin with, I would note that I am in substantial agreement with Cory J. regarding the general purpose of an exhortation. The goal should be to encourage the jurors that, if it is at all possible,

tout leur possible pour parvenir à un verdict. Gardant ceci à l'esprit, j'examine maintenant les questions dont nous sommes saisis.

Analyse

Pour plus de commodité, je reprends les questions soulevées en l'espèce, telles qu'énoncées par mon collègue:

1. L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?
2. L'exhortation adressée au jury était-elle répréhensible ou incorrecte?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?

1. *Y a-t-il eu défaut de résumer la position de la défense?*

Sur ce point, je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que toute erreur commise par le juge du procès dans son premier exposé au jury a été corrigée dans le nouvel exposé. Je n'ai absolument rien à ajouter. Je passe donc directement à la question de savoir si l'exhortation du juge du procès au jury était incorrecte.

2. *L'exhortation était-elle répréhensible ou incorrecte?*

Ce moyen d'appel est axé sur les directives que le juge du procès a données au jury après que ce dernier eut annoncé qu'il était incapable de se mettre d'accord. L'appelant soutient que l'exhortation n'était pas appropriée parce qu'elle contenait des mentions de nature à contraindre irrégulièrement le jury à parvenir à un verdict, alors que le résultat approprié aurait été l'incapacité de rendre un verdict unanime. Par conséquent, la validité de ce verdict ne saurait être confirmée et un nouveau procès devrait être ordonné.

En premier lieu, il est à noter que je suis essentiellement d'accord avec le juge Cory en ce qui concerne le but général d'une exhortation. Elle devrait viser à encourager les jurés à faire tout leur

they should strive to come to an agreement. It is up to the jury, and the jury alone, to come to a verdict based solely on the strength of the evidence. As a general rule, jurors should not take into consideration extraneous factors in rendering its judgment, and a trial judge should not ask them to.

Nevertheless, an exhortation is not read from an inflexible blueprint which remains forever fixed in stone. Often, trial judges will be called upon to give an exhortation which is tailored to that particular jury. The nature of the direction given will be dependant on a number of factors including the length and complexity of the trial as well as events which occurred that warrant the attention of the trial judge. (See, for example, the situation which occurred in *R. v. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (Ont. C.A.)). There is no better person to assess what should be stated in an exhortation than a trial judge. It is he or she who has been with the trial since its inception and is able to gauge the mood and tenor of the particular jury. In my view, an exhortation should be treated by appellate courts in a manner similar to the way charges to the jury are currently reviewed. While few exhortations will be perfect, appellate courts should refrain from interfering unless there has been a clear error which brings the validity of the verdict into question: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253. If there is no damaging effect to the deliberations of the jury, we should be extremely hesitant to overturn a verdict, even where the instructions fall short of perfection.

Moreover, as to the general approach which should be taken by appellate courts in reviewing exhortations, I agree with the observations of Martin J.A. on behalf of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Littlejohn*, *supra*, at p. 168, that in determining whether an exhortation was coercive, "the entire sequence of events leading up to the direction which is assailed, must be considered". I would merely add that in making this assessment we should consider the effect of the entire exhortation, and not unduly isolate or highlight one particular reference; see *R. v. Halliday* (1992), 77 C.C.C.

possible pour parvenir à un accord. Il appartient au jury, et au jury seul, de parvenir à un verdict sur la seule foi de la preuve présentée. En règle générale, les jurés ne doivent prendre en considération aucun facteur extérieur en rendant leur jugement, et le juge du procès ne doit pas leur demander de le faire.

Néanmoins, une exhortation ne doit pas s'inspirer d'un modèle rigide pour toujours gravé dans la pierre. Les juges du procès seront souvent appelés à adresser une exhortation adaptée au jury en présence. La nature de la directive donnée dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont la durée et la complexité du procès, ainsi que d'événements qui méritent l'attention du juge du procès. (Voir, par exemple, la situation qui s'est présentée dans *R. c. Littlejohn* (1978), 41 C.C.C. (2d) 161 (C.A. Ont.)). Personne n'est mieux placé que le juge du procès pour déterminer ce qu'une exhortation doit contenir. C'est lui qui assiste au procès depuis le début et qui est capable d'apprécier l'état d'esprit et la composition du jury en présence. À mon avis, les cours d'appel devraient traiter une telle exhortation de la même manière qu'elles examinent couramment les exposés au jury. Bien que peu d'exhortations soient parfaites, les cours d'appel devraient s'abstenir d'intervenir à moins qu'il y ait une erreur manifeste qui mette en question la validité du verdict: *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253. En l'absence d'effet préjudiciable sur les délibérations du jury, nous devrions être extrêmement hésitants avant d'écarter un verdict, même dans le cas où les directives données ne sont pas parfaites.

De plus, en ce qui concerne l'approche générale avec laquelle les cours d'appel devraient aborder l'examen des exhortations, je suis d'accord avec les observations que le juge Martin a formulées, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. c. Littlejohn*, précité, à la p. 168, selon lesquelles, pour déterminer si une exhortation est coercitive, [TRADUCTION] «il faut considérer toute la suite des événements qui ont abouti à la directive attaquée». J'ajouterais simplement que, ce faisant, nous devrions tenir compte de l'effet de toute l'exhortation, au lieu d'isoler ou de souligner indû-

(3d) 481 (Man. C.A.), at p. 494, *per* Scott C.J., regarding this approach.

64 With that introduction, I will proceed to examine the exhortation at issue in this case. The appellant contends that there were three major flaws in the trial judge's instructions. I propose to deal with each in turn.

Reference to Public Expense and Inconvenience

65 The appellant contends that during the exhortation a number of the trial judge's remarks dealt with the potential cost of a new trial to the public. The following are the impugned passages:

Each of these trials take [*sic*] a piece out of counsel and a piece out of the judge. They are serious matters. They are serious for all those concerned, not the least of which is the accused.

These trials are expensive to operate in their conduct. That is not a particular [*sic*] important ingredient for trying to come to a decision in this matter, but it is a factor for your consideration.

More importantly, in all likelihood, if you are unable to arrive at a verdict, there will be another trial. That is not in my hands. That's up to the Crown, and maybe not Mr. McKimm [Crown counsel] either. But in all likelihood there would be another trial.

66 The reference of particular concern to the appellant is the statement of how expensive trials are to conduct, and the implication that it would be a burden on the public if a new trial were to be held. While the phrase was limited in that the trial judge added that it was not a particularly important factor to consider, I agree that such statements are generally best avoided. As Cory J. points out, references of this sort might suggest that the jury should consider something other than the evidence before it. Nevertheless, I do not agree with his reasons to the extent that they state that any such ref-

ment un élément particulier; en ce qui concerne cette approche, voir les motifs du juge en chef Scott dans *R. c. Halliday* (1992), 77 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Man.), à la p. 494.

À partir de cette introduction, je vais maintenant examiner l'exhortation en cause dans la présente affaire. L'appelant soutient que les directives du juge du procès souffrent de trois lacunes majeures. Je me propose de les examiner à tour de rôle.

La mention du coût et des inconvénients pour le public

L'appelant fait valoir que, dans l'exhortation du juge du procès, un certain nombre de remarques portaient sur le coût éventuel d'un nouveau procès pour le public. Les passages contestés sont les suivants:

[TRADUCTION] Tous ces procès sont très exigeants tant pour les avocats que pour le juge. Ce sont des choses sérieuses. Ils sont sérieux pour tous les gens concernés, y compris, et non le moindre, l'accusé.

La tenue de ces procès coûte cher. Ce n'est pas un élément particulièrement important pour tenter d'en arriver à une décision dans la présente affaire, mais c'est un facteur que vous pouvez prendre en considération.

Qui plus est, selon toute probabilité, si vous êtes incapables de parvenir à un verdict, il y aura un autre procès. Cela ne dépend pas de moi. Cela relève du ministère public, et peut-être pas de M^e McKimm [le substitut du procureur général] non plus. Mais il y aurait vraisemblablement un autre procès.

L'appelant est particulièrement préoccupé par la mention du coût des procès et par le fait qu'on laisse entendre qu'un nouveau procès constituerait un fardeau pour le public. Même si le juge du procès a limité la portée de ce passage en ajoutant que ce n'était pas un élément particulièrement important à prendre en considération, je suis d'accord pour dire qu'il vaut mieux, en général, éviter ce genre de mention. Comme le souligne le juge Cory, une telle mention pourrait porter à croire que le jury devrait prendre en considération autre chose que la preuve qui lui a été présentée. Néanmoins, je suis en désaccord avec lui dans la mesure où il affirme que ces mentions ont, à première vue, un

erence is *prima facie* coercive. In my view, this statement is unfounded.

The authorities set out by Cory J. are virtually unanimous in the belief that references to the cost or expense of trials is an unacceptable practice. However, this unanimity is not also present in the interpretation of the effect of such a reference. On several occasions, the same courts cited by Cory J. have stated that a mention of public expense, while best avoided, cannot be said to have coerced the jury or caused any prejudice to the accused: *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1 (C.A.), at p. 7; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338 (C.A.); *R. v. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271 (C.A.), at p. 276; *R. v. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (Y.T.C.A.).

Indeed, the English Court of Appeal, who were perhaps the first to denounce this practice of referring to public expense in *Watson, supra*, have firmly stated that such an error cannot automatically be said to be coercive. In *R. v. Jackson*, unreported, (C.A., Crim. Div. (Eng.), March 9, 1988), this theory was clearly refuted. At trial, the jury returned a guilty verdict 10 minutes after an exhortation which included a reference to "a lot of waste of time and a lot of expense". Nevertheless, the court denied the appeal, stating:

We take the view that any possible pressure which might have been imposed upon the jury by the Recorder mentioning waste of time and expense was cured by his emphasising immediately afterwards that the jury's primary consideration must be to bring in a verdict according to their oath. Accordingly, despite the short length of their retirement after that direction, we do not think there was any material irregularity which obliges us to allow the appeal. The appeal is accordingly dismissed.

Therefore, it would appear that whether or not such a reference is fatal will depend very much upon the circumstances in which it occurs. Clearly, there are different degrees of these types of errors and not everyone should be approached in exactly

effet coercitif. À mon avis, cette affirmation n'est pas fondée.

La jurisprudence que mentionne le juge Cory s'accorde presque unanimement pour dire que la mention du coût des procès est une pratique inacceptable. Toutefois, cette unanimité disparaît lorsqu'il s'agit d'interpréter l'effet d'une telle mention. À maintes reprises, les mêmes tribunaux auxquels se réfère le juge Cory ont décidé que, même s'il est préférable de ne pas mentionner les dépenses de fonds publics, on ne peut pas dire qu'une telle mention a eu un effet coercitif sur le jury ou cause un préjudice à l'accusé: *Watson* (1988), 87 Cr. App. R. 1 (C.A.), à la p. 7; *Buono* (1992), 95 Cr. App. R. 338 (C.A.); *R. c. Tennant*, [1989] 2 N.Z.L.R. 271 (C.A.), à la p. 276; *R. c. Isaac* (1979), 48 C.C.C. (2d) 481 (C.A.T.Y.).

En fait, la Cour d'appel d'Angleterre, qui, dans l'arrêt *Watson*, précité, a peut-être été la première à dénoncer la mention des dépenses de fonds publics, a fermement affirmé qu'on ne peut pas dire automatiquement qu'une telle erreur a un effet coercitif. Dans l'arrêt *R. c. Jackson*, inédit, C.A., Div. crim. (Angl.), le 9 mars 1988, cette thèse a été nettement réfutée. Au procès, le jury a prononcé un verdict de culpabilité 10 minutes après s'être vu adresser une exhortation faisant état, notamment, d'une [TRADUCTION] «énorme perte de temps et [de] dépenses considérables». La cour a néanmoins rejeté l'appel, affirmant:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que toute pression que le recorder peut avoir exercée sur le jury en mentionnant la perte de temps et les dépenses a été éliminée par le fait qu'il a aussitôt souligné que le principal souci des membres du jury doit être de rendre un verdict conformément au serment qu'ils ont prêté. Par conséquent, malgré le court délai pendant lequel ils se sont retirés après avoir reçu cette directive, nous ne croyons pas qu'il y ait eu quelque irrégularité majeure qui nous obligerait à accueillir l'appel. L'appel est donc rejeté.

Il semblerait donc que ce sont les circonstances dans lesquelles une telle mention a été faite qui détermineront en grande partie si elle est fatale ou non. Il est évident qu'il existe divers degrés d'erreurs de cette nature, qui ne doivent pas tous être

67

68

69

the same way. The preeminent concern is the perceived effect of the error, which can be analyzed by examining a number of factors including, *inter alia*, the prominence of the reference, whether it was repeated, and whether other comments might have cured any harmful effect. I will return to this during the discussion of the proper standard of review.

70 As a final note, I merely wish to add that a reference to public expense, except to the extent discussed above, is not inherently prejudicial to the accused. It is a neutral factor and does not, unlike some of the more coercive types of directions, in any way ask the jury to convict. It may just as well have the effect of guaranteeing an acquittal.

71 On balance, however, I am prepared to accept that this reference is one that should not have been made. That does not, of course, raise it automatically to an error of law. We must first examine the rest of the exhortation in order to ascertain whether this error was compounded by others, or minimized by the effect of other remedial factors.

The Benefit of a Verdict to the Accused

72 The appellant's second contention is that the exhortation included a reference that a verdict might be of benefit to both the accused and to the complainant. In particular, he cites the following:

If that takes place, the accused would have to go through this again as would the witnesses, not the least of which is the young lady. It would not be easy for anybody to have to redo what we have done since Monday of this week.

73 I must say that I find it somewhat difficult to comprehend how this innocuous reference in the middle of a 15-minute exhortation could be said to have any influence at all on the jury's deliberative process. On this point I am substantially in agreement with the approach of the New Zealand Court of Appeal in *R. v. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46 (C.A.). There (at p. 54), the trial judge delivered an

abordés exactement de la même manière. Le principal souci est de déterminer l'effet apparent de l'erreur, ce qui peut être fait en examinant un certain nombre de facteurs, dont l'importance de la mention, la question de savoir si elle a été répétée et celle de savoir si d'autres commentaires ont pu remédier à tout effet préjudiciable. Je reviendrai sur ce point au cours de l'analyse de la norme d'examen à appliquer.

Enfin, je tiens simplement à ajouter que la mention des dépenses de fonds publics, sauf dans la mesure mentionnée plus haut, ne porte pas en soi préjudice à l'accusé. C'est un élément neutre qui, contrairement à certains types de directives plus coercitives, ne consiste aucunement à demander au jury de rendre un verdict de culpabilité. Il peut tout autant avoir pour effet de garantir un acquittement.

Tout compte fait, cependant, je suis disposée à reconnaître que cette mention n'aurait pas dû être faite. Il est évident que cela n'en fait pas automatiquement une erreur de droit. Nous devons d'abord examiner le reste de l'exhortation pour déterminer si cette erreur a été aggravée par d'autres erreurs, ou atténuée par d'autres éléments curatifs.

L'avantage d'un verdict pour l'accusé

L'appelant allègue ensuite que l'exhortation contenait une mention que le prononcé d'un verdict pourrait être avantageux tant pour l'accusé que pour la plaignante. Il cite notamment le passage suivant:

[TRADUCTION] Le cas échéant, il faudra tout reprendre avec l'accusé et les témoins, y compris, et non au moindre titre, la jeune femme. Il ne sera facile pour personne de devoir refaire ce que nous avons fait depuis lundi de cette semaine.

Je dois dire qu'il m'est quelque peu difficile de comprendre comment on peut dire que cette mention anodine, au milieu d'une exhortation de 15 minutes, a une influence quelconque sur les délibérations du jury. À cet égard, je suis essentiellement d'accord avec la façon dont la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a procédé dans *R. c. Accused*, [1988] 2 N.Z.L.R. 46. Dans cette affaire (à la

exhortation which contained the following statement:

It is of tremendous importance that a jury should reach a verdict at a trial such as this if this can properly be done. If you do not the case has to be tried again and that of course is a burden on everyone concerned, the witnesses, the accused and in this case particularly, the complainant. If at all possible, it would obviously be undesirable that she should have to give her evidence again.

In dismissing the appeal, the Court stated at pp. 58-59:

A rather more difficult question is whether there should be an express reference to the ordeal of witnesses if there is a new trial. A specific reference to a further ordeal for the accused seems somewhat out of touch with the likely reality of the accused's preferences. Although it may do little harm, we think it best avoided. Similarly, on balance we think it will be better in future if express reference to the ordeal for other witnesses, including a complainant, is omitted. The jury is likely to be alive to this when told of the prospect of a new trial; to state it expressly could perhaps be regarded as unnecessarily underlining it.

See also *Tennant*, *supra*, at p. 277.

In virtually every exhortation, the jury is warned that the consequence of a hung jury is a new trial. Certainly, every jury member is well aware that in a new trial the witnesses and the complainant will have to relive the proceedings again. The accused is also left with the charge hanging over his head for a prolonged period of time. Obviously, to a certain extent, finality of the proceedings is to everyone's benefit. This is a factor which is mentioned or implied at several points during the trial process. Like the New Zealand Court of Appeal, I am of the view that a reference to it during the exhortation is in most cases quite harmless.

It is only where this factor has been unduly highlighted or repeated in such a way as to cause sympathy for one of the parties, as in *R. v.*

p. 54), le juge du procès avait adressé une exhortation comportant l'affirmation suivante:

[TRADUCTION] Il est extrêmement important que, dans un procès comme celui-ci, le jury prononce un verdict dans la mesure où il peut le faire à bon droit. Si vous ne le faites pas, il devra y avoir un nouveau procès qui constituera, bien sûr, un fardeau pour toutes les parties concernées, les témoins, l'accusé et, particulièrement en l'espèce, la plaignante. Il serait évidemment souhaitable qu'elle n'ait pas, autant que possible, à témoigner de nouveau.

En rejetant l'appel, la cour a affirmé, aux pp. 58 et 59:

[TRADUCTION] Il est un peu plus difficile de savoir si on devrait mentionner expressément l'épreuve que les témoins auront à subir s'il y a un nouveau procès. La mention particulière d'une autre épreuve pour l'accusé semble diverger quelque peu des préférences probables de l'accusé. Quoiqu'elle puisse être assez inoffensive, nous croyons qu'il vaut mieux l'éviter. De même, tout bien considéré, nous pensons qu'il sera préférable à l'avenir de s'abstenir de mentionner expressément l'épreuve qui en résulterait pour d'autres témoins, dont le plaignant. Le jury est vraisemblablement conscient de cela lorsqu'on lui mentionne la possibilité d'un nouveau procès; le dire expressément pourrait être considéré comme le souligner inutilement.

Voir aussi l'arrêt *Tennant*, précité, à la p. 277.

Dans presque toutes les exhortations, le jury est prévenu qu'un nouveau procès devra être tenu s'il lui est impossible de se mettre d'accord. Il est certain que chaque juré sait fort bien que, lors d'un nouveau procès, les témoins et le plaignant devront revivre le tout. De même, une accusation continue de pendre plus longtemps au-dessus de la tête de l'accusé. Il est évident, jusqu'à un certain point, que tous ont avantage à ce que les procédures se terminent. C'est là un facteur qui est mentionné ou sous-entendu à plusieurs moments du procès. À l'instar de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, je suis d'avis que cette mention dans une exhortation est dans la plupart des cas tout à fait inoffensive.

Ce n'est que si ce facteur a été indûment souligné ou réitéré de façon à susciter de la sympathie pour l'une des parties, comme dans l'affaire *R. c.*

74

75

76

Alkerton (1992), 72 C.C.C. (3d) 184 (Ont. C.A.), at p. 187, that it has been found to have prejudiced the jury's deliberative process in any way. The general weight of authority is that these references, absent an abusive element, do not warrant reversing a jury verdict; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.); *Halliday, supra*; *Accused, supra*; *Tennant, supra*.

Alkerton (1992), 72 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Ont.), à la p. 187, que l'on a conclu qu'il avait nui de quelque manière au processus de délibération des jurés. Selon le courant général de jurisprudence, ces mentions, en l'absence d'élément abusif, ne justifient pas d'infirmier le verdict d'un jury; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), ainsi que les arrêts *Halliday, Accused* et *Tennant*, précités.

77 In the case under consideration, the trial judge made what amounts to a passing reference regarding the rigors of a new trial on the parties which came in the midst of a lengthy exhortation. It was fair to the accused in that it mentioned the adverse effect of a new trial on all the parties concerned, including a prospective new jury. There was no attempt to heighten the sympathies for any particular party and no abusive element. In my view, this factor could not be said to have affected the jury verdict in any way whatsoever.

Dans la présente affaire, le juge du procès n'a fait que mentionner en passant les rigueurs d'un nouveau procès pour les parties, au milieu d'une longue exhortation. Cette mention était équitable pour l'accusé, car elle faisait état de l'incidence négative d'un nouveau procès sur toutes les parties concernées, y compris le nouveau jury éventuel. On n'y tentait pas de susciter de la sympathie pour une partie en particulier et elle ne comportait aucun élément abusif. À mon avis, on ne saurait affirmer que ce facteur a influé de quelque façon que ce soit sur le verdict du jury.

Reference to the Minority

78 Finally, the appellant contends that the trial judge erred when he referred to the jurors who were in the minority in the following way:

You took an oath when you commenced your duties in this case, and I am by no means asking you to betray that oath, but perhaps the minority of you might want to reconsider what the majority are saying. But again, I remind you — I emphasize — that I am not asking you to betray your oath. There are occasions when twelve people cannot decide. This may be one of them. There will be no aspersions cast on you people for not [*sic*] able to do so.

79 For many years, a reference to "a minority" of the jury was quite commonplace, as illustrated by this passage from Lord Denning in *Shoukatallie v. The Queen*, [1962] A.C. 81 (P.C.), at p. 91:

He reminds them that it is most important that they should agree if it is possible to do so: that, with a view to agreeing, they must inevitably take differing views into account; that if any member should find himself in a small minority and disposed to differ from the rest, he

La mention des jurés minoritaires

Enfin, l'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en parlant ainsi des jurés minoritaires:

[TRADUCTION] Vous avez prêté serment lorsque vous avez assumé vos fonctions dans la présente affaire, et je ne vous demande absolument pas de manquer à ce serment, mais il se pourrait que ceux d'entre vous qui sont minoritaires veuillent réexaminer les propos des jurés majoritaires. Mais, là encore, je vous rappelle — et j'insiste là-dessus — que je ne vous demande pas de manquer à votre serment. Il y a des circonstances où douze personnes sont incapables de décider. Il se peut que ce soit le cas ici. Vous n'en serez pas dénigrés pour autant.

Pendant de nombreuses années, la mention des jurés minoritaires était une pratique fort courante, comme l'illustre l'extrait suivant des motifs de lord Denning dans l'arrêt *Shoukatallie c. The Queen*, [1962] A.C. 81 (C.P.), à la p. 91:

[TRADUCTION] Il leur rappelle qu'il est très important qu'ils se mettent d'accord, si cela est possible: que, pour ce faire, ils doivent inévitablement prendre en considération des opinions divergentes; que, si un membre se retrouve en minorité et enclin à ne pas partager l'opi-

should consider the matter carefully, weigh the reasons for and against his view, and remember that he may be wrong; that if, on so doing, he can honestly bring himself to come to a different view and thus to concur in the view of the majority, he should do so, but if he cannot do so, consistently with the oath he has taken, and he cannot bring the others round to his point of view, then it is his duty to differ, and for want of agreement, there will be no verdict.

Canadian courts adopted this statement as accurate and until quite recently, references to the minority were routine and accepted: see, for example, *R. v. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (B.C.C.A.). Indeed, in some cases, the exhortation included a prolonged and concerted attempt to get jurors in the minority to reconsider the validity of their opinion, and was still considered adequate; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.), at pp. 73-74.

This approach, however, was reevaluated by this Court in *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858, where we determined that an improper reference to the minority would be in error. McLachlin J. stated at p. 866:

Typically, an accused's fair trial interest has been found to have been prejudiced when the judge's remarks indicated to the jurors that they "should be" or "ought to be" unanimous or that minority members should conform to the opinion of the majority.

My colleague Cory J. interprets this to mean that any reference to the minority will have an adverse impact as it may lead jurors in that position to conclude that the trial judge is directing them that the majority opinion is right simply because it is the view of the majority. As a consequence, they will feel that they should no longer try to convert the majority to their point of view. With respect, I disagree. In my view, the ratio of *Sims* is clearly that an accused's fair trial interest is only compromised when the instruction indicates or implies that the minority should conform to the majority. This is

nion des autres, il doit examiner la question avec soin, soupeser les avantages et les inconvénients de son point de vue et se rappeler qu'il a peut-être tort; que, si, ce faisant, il peut sincèrement en arriver à un point de vue différent et, par conséquent, à souscrire à l'opinion de la majorité, il doit le faire, mais que, s'il ne le peut pas, conformément au serment qu'il a prêté, et s'il ne peut pas rallier les autres à son point de vue, alors il a le devoir de diverger d'opinion, et, en raison de l'absence d'accord, il n'y aura pas de verdict.

Les tribunaux canadiens ont jugé que cet énoncé était exact et, jusqu'à tout récemment, il était courant et accepté de faire mention des jurés minoritaires: voir, par exemple, *R. c. Palmer*, [1970] 3 C.C.C. 402 (C.A.C.-B.). En fait, l'exhortation comportait, dans certains cas, une tentative prolongée et concertée d'obtenir des jurés minoritaires qu'ils reconsidèrent la validité de leur opinion, mais elle était quand même jugée adéquate; *R. c. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.), aux pp. 73 et 74.

Notre Cour a, cependant, réévalué ce point de vue dans *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858, où elle a statué qu'une référence incorrecte aux jurés minoritaires constituait une erreur. Le juge McLachlin affirme, à la p. 866:

On juge habituellement que le droit de l'accusé à un procès équitable est lésé lorsque les remarques d'un juge indiquaient aux jurés qu'ils «devraient être» unanimes ou que les membres de la minorité devraient se rallier à l'opinion de la majorité.

Selon mon collègue le juge Cory, ce passage signifie que toute référence aux jurés minoritaires a une incidence négative étant donné qu'elle est susceptible d'amener ces jurés à conclure que le juge du procès est en train de leur dire que l'opinion majoritaire est correcte simplement parce que c'est le point de vue de la majorité. Ils auront alors le sentiment qu'ils ne devraient plus tenter de rallier la majorité à leur point de vue. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. À mon avis, le raisonnement de l'arrêt *Sims* est clair: l'équité du procès d'un accusé n'est compromise que si la directive indique ou sous-entend que les jurés minoritaires devraient se conformer à l'opinion

80

81

82

not nearly the same as saying that every reference to the minority will achieve this effect.

83

Once again, rather than taking a blanket approach, it is useful to consider each statement in its proper context and examine its potential effect. In this case, the trial judge did not tell the minority that they must revise their decision. On the contrary, all he did was ask them to go back and listen to the views of the majority one more time. In case there was any confusion in this regard, it must have been corrected when the trial judge warned the jurors not to abandon their oath. He did so not once, but twice, and coupled this with a reminder that the jury need not agree. The words of Bull J.A. regarding a similar situation in *Palmer, supra*, at p. 415, are apposite:

This direction did not mean that the majority was right because they were a majority, without regard to the soundness of their reasoning, and was not capable of being so understood by any intelligent juror who had listened to the charge as a whole. Nor was it wrong to tell the minority that they should consider whether the views of the majority were more in accord with the evidence than their own. That is nothing more than a quite proper direction to consider that the one view might be the right one on the evidence and the other the wrong one.

84

While I agree that to avoid any concerns, it is better not to make any references of this kind, the standard of review where they are made should be in accordance with *Sims*. Where the remarks of the trial judge fail to indicate that there must be an agreement, and that jury members holding a minority opinion should agree with the majority, it cannot be said that any wrongdoing occurred.

85

In my view, assuming there was an error made here, a conclusion of which I have serious doubt, it was corrected by the references to the jurors' oath and their right to disagree. Therefore, in the circumstances, I find that there was no harm caused by this reference, and that it could not have affected the jury's ability to deliberate free of outside influences.

majoritaire. Cela est loin de signifier que toute référence aux jurés minoritaires aura cet effet.

Encore là, au lieu d'adopter une approche généralisée, il est utile d'examiner chaque énoncé dans son contexte et d'examiner son effet potentiel. En l'espèce, le juge du procès n'a pas dit aux jurés minoritaires qu'ils devaient revenir sur leur décision. Au contraire, il n'a fait que leur demander de retourner écouter une fois de plus le point de vue de la majorité. Toute confusion qui a pu exister à ce sujet a nécessairement été dissipée lorsque le juge du procès a prévenu les jurés de ne pas manquer à leur serment. Il les a prévenus non pas une seule fois, mais deux fois, en plus de leur rappeler qu'il n'est pas nécessaire que les membres du jury se mettent d'accord. Les propos que le juge Bull a tenus au sujet d'une situation similaire dans l'arrêt *Palmer*, précité, à la p. 415, sont pertinents:

[TRADUCTION] Cette directive ne signifiait pas que les jurés majoritaires avaient raison parce qu'ils formaient la majorité, indépendamment de la justesse de leur raisonnement, et aucun juré intelligent qui avait écouté l'ensemble de l'exposé ne pouvait l'avoir interprétée ainsi. Il n'était pas non plus erroné de dire aux jurés minoritaires qu'ils devaient se demander si l'opinion majoritaire s'accordait davantage que la leur avec la preuve. Ce n'est rien de plus qu'une directive tout à fait correcte que de demander d'envisager la possibilité qu'une opinion soit la bonne compte tenu de la preuve, et que l'autre soit erronée.

Bien que je convienne que, pour éviter tout doute, il vaut mieux éviter ce type de mention, la norme d'examen à appliquer le cas échéant doit être conforme à l'arrêt *Sims*. Si, dans ses remarques, le juge du procès n'indique pas qu'il doit y avoir accord et que les jurés minoritaires devraient se rallier à l'opinion majoritaire, on ne saurait affirmer qu'il y a eu une erreur.

À mon avis, à supposer qu'une erreur ait été commise en l'espèce, ce dont je doute sérieusement, elle a été corrigée par la mention du serment des jurés et de leur droit au désaccord. Par conséquent, je conclus que, dans les circonstances, cette mention n'a causé aucun préjudice et qu'elle n'a pu nuire à la capacité du jury de délibérer à l'abri de toute influence extérieure.

In summary, I find that the only reference which could possibly have affected the jury's deliberations was that regarding the public expense and inconvenience if a new trial were to be held. Before proceeding to consider whether this reference constituted an error of law, I wish to examine briefly the significance of the jury's quick return after receiving the trial judge's exhortation.

Significance of the Short Time Elapsed Between the Exhortation and the Return of the Verdict

Cory J. attaches a great deal of significance to the short lapse of time between the exhortation and the return of the verdict. In his view, at para. 42, the speed with which the jury reached its verdict "demonstrates that it [the exhortation] must have had a coercive impact on the minority who up to that time had obviously been unmoved by the arguments of the majority".

In my view, this statement overlooks two important factors. First, where the language of an exhortation is not inherently coercive, it does not become so merely because an early verdict was returned. Second, there is an entirely different conclusion which can equally be drawn by the jury's early return, that being that the exhortation had the desired effect; see for example, *Tennant, supra*, at p. 277; *Palmer, supra*; *Halliday, supra*; *Littlejohn, supra*, at p. 170. I note that in *Palmer, supra*, at p. 415, which is cited by my colleague to demonstrate that a quick return can indicate coercion, the Court of Appeal came to exactly the opposite conclusion and found that the verdict was legitimate.

Furthermore, I am in agreement with the respondent who states in his factum:

Where, however, it is concluded the effect of the exhortation as a whole could not have been anything other than the proper influence of that type of jury address, an early verdict means only that the need for it was wisely assessed and that it was effective in meeting its legitimate objective.

En résumé, je conclus que la seule mention qui aurait pu éventuellement influencer sur les délibérations du jury était celle du coût et des inconvénients d'un nouveau procès pour le public. Avant d'examiner si la mention en cause constituait une erreur de droit, je tiens à analyser brièvement l'importance du fait que le jury se soit prononcé rapidement après avoir entendu l'exhortation du juge du procès.

L'importance du bref délai écoulé entre l'exhortation et le prononcé du verdict

Le juge Cory attache une grande importance au court laps de temps écoulé entre l'exhortation et le prononcé du verdict. À son avis, au par. 42, la rapidité avec laquelle le jury est arrivé à son verdict «démontre qu'elle [l'exhortation] a dû avoir un effet coercitif sur la minorité qui, jusque-là, était manifestement demeurée insensible aux arguments de la majorité».

À mon avis, cette affirmation ne tient pas compte de deux facteurs importants. Premièrement, si les termes de l'exhortation ne sont pas coercitifs en soi, ils ne le deviennent pas simplement parce qu'un verdict est prononcé peu après. Deuxièmement, il est possible de tirer une conclusion tout à fait différente de la rapidité avec laquelle le jury s'est par la suite prononcé, c'est-à-dire que l'exhortation a eu l'effet désiré; voir, par exemple, les arrêts *Tennant*, précité, à la p. 277; *Palmer*, précité; *Halliday*, précité; *Littlejohn*, précité, à la p. 170. Je souligne qu'à la p. 415 de l'arrêt *Palmer*, précité, cité par mon collègue pour démontrer qu'un verdict rapide peut être un signe de coercion, la cour d'appel est arrivée à la conclusion tout à fait opposée et a jugé que le verdict était légitime.

Je suis en outre d'accord avec l'intimée, qui affirme dans son mémoire:

[TRADUCTION] Si toutefois, on conclut que, dans l'ensemble, l'exhortation n'a pu qu'exercer l'influence normale de ce type d'exposé au jury, un verdict prononcé peu après signifie seulement qu'on en avait bien évalué la nécessité et qu'elle a permis d'atteindre son objectif légitime.

86

87

88

89

90 It follows therefore, that this factor is largely dependent upon the circumstances of each case. Its significance will depend upon the overall effect of the exhortation and the gravity of any potential error made by the trial judge. I propose therefore, to analyse these factors next.

3. *Did the Court of Appeal Err in the Standard it Applied for Setting Aside the Verdict?*

91 My colleague Cory J. has discussed the appropriate standard of review in this matter, and I am in substantial agreement with this portion of his reasons. I agree that not every improper reference in an exhortation should be treated as an error of law, and that the reference must be examined in the context in which it was made in order to determine whether there is a reasonable possibility that the impugned statements either coerced the jury or interfered with its right to deliberate in freedom from extraneous considerations.

92 The British Columbia Court of Appeal, in dismissing the appellant's appeal, found that any errors made were not likely to coerce any members of the jury to disregard their oath and thus, the verdict was not improper. In my view, this finding was correct.

93 In its entirety, this exhortation lasted 15 minutes, and contained numerous warnings to the jury that they must stay true to their oath and decide this case solely on the evidence before them. It also reminded them that they had the obligation to disagree if that was the proper result. Balanced against these factors is a one line reference to the inconvenience and expense to the public if a new trial were to be held. In these circumstances, I conclude that there is not a reasonable possibility that this reference had any influence on the jury's verdict.

94 As a result, I am unable to conclude that any error of law occurred. That would normally be sufficient to dispose of this matter; however, given the comments made by Cory J. with regard to the

Il s'ensuit donc que ce facteur dépend largement des circonstances particulières de chaque affaire. Son importance dépendra de l'effet global de l'exhortation et de la gravité de toute erreur que le juge du procès pourra avoir commise. Je me propose donc maintenant d'analyser ces éléments.

3. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur quant à la norme appliquée pour annuler le verdict?*

Mon collègue le juge Cory a analysé la question de la norme d'examen à appliquer en la matière et je suis essentiellement d'accord avec cette partie de ses motifs. Je conviens que toute mention incorrecte dans une exhortation ne doit pas nécessairement être traitée comme une erreur de droit et qu'elle doit être examinée eu égard au contexte dans lequel elle a été faite, afin de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que les mentions contestées aient eu un effet coercitif sur le jury ou qu'elles aient empiété sur son droit de délibérer en l'absence de considérations extérieures.

En rejetant l'appel de l'appelant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que toute erreur qui avait pu être commise n'était pas susceptible de contraindre les jurés à manquer à leur serment et que, par conséquent, le verdict n'était pas erroné. À mon avis, cette conclusion est correcte.

Au cours de l'exhortation qui a duré 15 minutes en tout, les membres du jury ont été prévenus, à de nombreuses reprises, qu'ils devaient respecter leur serment et ne trancher l'affaire qu'en fonction de la preuve qui leur avait été présentée. On leur a aussi rappelé qu'ils avaient l'obligation d'être en désaccord s'il convenait de le faire. Comparativement à ces éléments, il y a une brève mention des inconvénients et du coût d'un nouveau procès pour le public. Dans ces circonstances, je conclus qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que cette mention ait influé sur le verdict du jury.

Par conséquent, je suis incapable de conclure qu'une erreur de droit a été commise. Cela suffirait normalement pour trancher l'affaire. Cependant, étant donné les commentaires du juge Cory au

need for a model exhortation, I propose to consider briefly this issue as well.

Model Exhortations

The adoption of a model exhortation has occurred in several common law countries including England, New Zealand and Australia. Such a development is seen as desirable in that it cuts down on the number of appeals in this area by providing a certain stability in the law. Nevertheless, as with any "model" form, this stability comes at a certain price. As I mentioned at the outset of my reasons, no two trials are exactly alike and the panoply of situations which can arise often results in the need for different exhortations.

To illustrate, I will contrast the situation which occurred in this case with that in *Littlejohn, supra*. In the latter case, the jury sent the trial judge a note which expressed the fact that one juror knew of guilt but was unwilling to express it so as to make the jury unanimous. As a result, the judge gave an exhortation which focused on the importance of the oath, as well as his thought that someone may have been avoiding the duty they had sworn to do. It is evident that this type of exhortation would not have been necessary or appropriate in the case at bar. Similarly, neither the exhortation given in this case nor the model exhortation proposed by Cory J. would have been proper to deal with that type of situation. I believe, therefore, that in setting out a model exhortation we must urge trial judges to feel free to depart from this formula in situations which require it, as they are the people best able to assess the needs of each individual case.

Nevertheless, I can see how a model exhortation would be desirable to deal with the common occurrence where a jury is deadlocked, and the trial judge is not concerned by any additional problem needing to be addressed. In this type of situation, I believe the exhortation suggested by Cory J. would be acceptable. In my view, however, an exhortation along the lines proposed by the New Zealand Court of Appeal in *Accused, supra*, is preferable as

sujet de la nécessité d'un modèle d'exhortation, je compte aussi examiner brièvement cette question.

Modèles d'exhortation

Plusieurs pays de common law, dont l'Angleterre, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, ont adopté un modèle d'exhortation. Une telle mesure est jugée souhaitable étant donné qu'elle permet de réduire le nombre d'appels dans ce domaine en assurant une certaine stabilité du droit. Néanmoins, comme pour toute formule «modèle», cette stabilité a un prix. Comme je l'ai mentionné au début de mes motifs, il n'y a pas deux procès identiques et la multitude des situations qui peuvent se présenter a souvent pour effet de nécessiter des exhortations différentes.

À titre d'exemple, je vais comparer la situation en l'espèce avec celle qui s'est présentée dans l'arrêt *Littlejohn*, précité. Dans ce dernier cas, le jury avait envoyé au juge du procès une note l'informant qu'un juré savait que l'accusé était coupable, mais refusait de le dire et de permettre ainsi au jury d'être unanime. Le juge a donc adressé une exhortation dans laquelle il a insisté sur l'importance du serment, et il leur a fait part de son avis que quelqu'un cherchait peut-être à se soustraire au devoir qu'il avait juré de remplir. Il est évident que ce type d'exhortation n'aurait pas été nécessaire ou approprié ici. De même, ni l'exhortation adressée dans la présente affaire ni le modèle d'exhortation proposé par le juge Cory n'auraient permis de régler ce type de situation. Je crois donc qu'en énonçant un modèle d'exhortation nous devons inciter les juges du procès à se sentir libres d'y déroger si nécessaire, étant donné qu'ils sont les personnes les mieux placées pour apprécier les besoins particuliers de chaque affaire.

Je puis néanmoins voir en quoi un modèle d'exhortation serait souhaitable pour faire face aux cas fréquents où un jury est incapable de se mettre d'accord et où le juge n'est pas aux prises avec d'autres problèmes. Je crois que l'exhortation proposée par le juge Cory serait acceptable dans des situations de ce genre. À mon avis, cependant, une exhortation qui s'inspire de celle proposée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans l'arrêt

95

96

97

it is more likely to achieve the important goal of urging a jury to reach a verdict.

Conclusion

98

As I have concluded that there was no error of law made in the courts below, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

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

Accused, précité, est préférable parce qu'elle est plus susceptible de permettre d'atteindre l'objectif important de presser un jury à parvenir à un verdict.

Conclusion

Étant donné que j'ai conclu que les tribunaux d'instance inférieure n'ont commis aucune erreur de droit, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Andrew Sim Katz *Appellant*

v.

The Vancouver Stock Exchange, the British Columbia Securities Commission and the Superintendent of Brokers *Respondents*

and

The Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Intervenors*

INDEXED AS: KATZ v. VANCOUVER STOCK EXCHANGE

File No.: 25014.

1996: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Reasonable apprehension of bias — Securities — Citation against appellant for contravention of certain by-laws and exchange rules — Hearing panel appointed to conduct inquiry — Appointment process for hearing panel not giving rise to reasonable apprehension of bias.

Cases Cited

Distinguished: *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 66, 128 D.L.R. (4th) 424, 34 Admin. L.R. (2d) 1, 9 C.C.L.S. 112, affirming a decision of the British Columbia Securities Commission. Appeal dismissed.

Gary S. Snarch and Murray Braithwaite, for the appellant.

Andrew Sim Katz *Appelant*

c.

Le Vancouver Stock Exchange, la British Columbia Securities Commission et le Superintendent of Brokers *Intimés*

et

Le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: KATZ c. VANCOUVER STOCK EXCHANGE

N° du greffe: 25014.

1996: 3 octobre.

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

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

Droit administratif — Crainte raisonnable de partialité — Valeurs mobilières — Citation délivrée contre l'appelant relativement à des contraventions à des règles et règlements administratifs en matière de commerce des valeurs mobilières — Tribunal constitué pour mener une enquête — Aucune crainte raisonnable de partialité découlant du mode de nomination des membres du tribunal.

Jurisprudence

Distinction faite d'avec l'arrêt: *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 66, 128 D.L.R. (4th) 424, 34 Admin. L.R. (2d) 1, 9 C.C.L.S. 112, confirmant la décision de la British Columbia Securities Commission. Pourvoi rejeté.

Gary S. Snarch et Murray Braithwaite, pour l'appelant.

Larry R. Jackie, for the respondent the Vancouver Stock Exchange.

Mark L. Skwarok, for the respondent the British Columbia Securities Commission.

Donna J. Miller, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

The judgment of the Court was delivered orally by

Larry R. Jackie, pour l'intimé le Vancouver Stock Exchange.

Mark L. Skwarok, pour l'intimée la British Columbia Securities Commission.

Donna J. Miller, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

¹ IACOBUCCI J. — We agree with the British Columbia Court of Appeal that the practice of the tribunal in question is one of the many factors to consider in determining whether the necessary degree of independence is present to avoid creating a perception of reasonable apprehension of bias. We also agree with the British Columbia Court of Appeal that the situation in this case, particularly its self-regulatory context, is quite different from that which was present in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

² Consequently, for these reasons and substantially for the reasons of the British Columbia Court of Appeal, we would dismiss the appeal with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Snarch & Allen, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Vancouver Stock Exchange: Ladner, Downs, Vancouver.

Solicitor for the respondent the British Columbia Securities Commission: Mark L. Skwarok, Vancouver.

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

LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que la pratique du tribunal en question est un des nombreux facteurs qui doivent être pris en considération pour statuer sur l'existence du degré d'indépendance nécessaire pour éviter que naisse une crainte raisonnable de partialité. Nous sommes également d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que, en l'espèce, particulièrement dans un contexte d'autoréglementation, la situation est très différente de celle qui existait dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Par conséquent, pour ces motifs et substantiellement pour ceux de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Snarch & Allen, Vancouver.

Procureurs de l'intimé le Vancouver Stock Exchange: Ladner, Downs, Vancouver.

Procureur de l'intimée la British Columbia Securities Commission: Mark L. Skwarok, Vancouver.

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

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

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

Anne-Marie Parisé *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PARISÉ

File No.: 24824.

1996: October 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Fraud — Welfare — Sale of real property without informing social assistance authorities — Trial judge finding conduct not creating risk of privation exceeding \$1,000 and finding accused honestly believed circumstances had not changed so as to affect entitlement — Essential element of mens rea negated — Acquittal restored.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1995), 166 N.B.R. (2d) 202, allowing an appeal from acquittal by Creaghan J. (1994), 153 N.B.R. (2d) 72. Appeal allowed.

Anne Dugas-Horsman, for the appellant.

Luc J. Labonté, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — In light of the findings of fact of the trial judge (1994), 153 N.B.R. (2d) 72, which we accept, there was no evidence in this case upon which a court properly instructed could reasonably find that the appellant's conduct had created a risk of deprivation of an amount in excess of \$1,000.

Anne-Marie Parisé *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PARISÉ

N° du greffe: 24824.

1996: 4 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Fraude — Aide sociale — Vente d'un bien réel sans en informer les autorités responsables de l'aide sociale — Le juge du procès a conclu que cette conduite n'avait pas créé de risque de privation d'une somme supérieure à 1 000 \$ et il a statué que l'accusée croyait sincèrement que sa situation n'avait pas changé d'une manière influant sur droit à l'aide au revenu — Absence d'un élément essentiel de la mens rea — Acquiescement rétabli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995), 166 N.B.R. (2d) 202, ayant accueilli l'appel formé contre l'acquiescement prononcé par le juge Creaghan (1994), 153 N.B.R. (2d) 72. Pourvoi accueilli.

Anne Dugas-Horsman, pour l'appelante.

Luc J. Labonté, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — À la lumière des conclusions de fait du juge du procès (1994), 153 N.B.R. (2d) 72, conclusions que nous acceptons, il n'y avait en l'espèce aucune preuve sur le fondement de laquelle un tribunal s'étant formulé les directives appropriées aurait pu raisonnablement conclure que la conduite de l'appelante avait créé un risque de privation d'une somme supérieure à 1 000 \$.

We are satisfied that the trial judge accepted the evidence of the appellant that she honestly believed that her circumstances had not changed so as to affect her entitlement to income assistance. In view of this finding, an essential element of the *mens rea* for the offence was negated.

Accordingly, the trial judge did not err in law in acquitting the appellant, and the Court of Appeal (1995), 166 N.B.R. (2d) 202, was wrong to interfere.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the acquittal is restored.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Fowler & Fowler, Moncton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Nous sommes convaincus que le juge du procès a accepté le témoignage de l'appelante dans lequel elle disait croire sincèrement que sa situation n'avait pas changé d'une manière qui aurait influé sur son droit à l'aide au revenu. Cette conclusion a eu pour effet d'écartier un élément essentiel de la *mens rea* requise à l'égard de l'infraction.

En conséquence, le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en acquittant l'appelante, et la Cour d'appel (1995), 166 N.B.R. (2d) 202, a fait erreur en intervenant.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et l'acquittal est rétabli.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Fowler & Fowler, Moncton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

2

3

4

Edward Michael Pittman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PITTMAN

File No.: 25074.

1996: October 4.

Present: Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Charge to jury — Defences — Intoxication — Trial judge's instructions as to defence of intoxication not in error or misleading when taken as a whole — Majority of Court of Appeal correct in dismissing issues raised as to unanimity and trial judge's remarks said to be inflammatory.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1995), 136 Nfld. & P.E.I.R. 209, 423 A.P.R. 209, dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed.

Jerome P. Kennedy, for the appellant.

Colin J. Flynn, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ GONTHIER J. — This appeal comes to us as of right. We are all of the view that the trial judge's instructions as to the defence of intoxication taken as a whole, including the second and the last recharge, were not in error nor misleading, though it was unnecessary to cover intoxication in general intent offences. We agree with the majority of the Court of Appeal in dismissing the issues raised as to unanimity and the judge's remarks said to be

Edward Michael Pittman *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PITTMAN

N° du greffe: 25074.

1996: 4 octobre.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Exposé au jury — Moyens de défense — Intoxication — Directives du juge du procès relativement au moyen de défense fondé sur l'intoxication n'étant, dans l'ensemble, ni erronées ni de nature à induire en erreur — Cour d'appel à la majorité ayant raison de rejeter les moyens invoqués touchant les directives sur l'unanimité et les remarques soi-disant incendiaires du juge du procès.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1995), 136 Nfld. & P.E.I.R. 209, 423 A.P.R. 209, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Jerome P. Kennedy, pour l'appelant.

Colin J. Flynn, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Nous sommes tous d'avis que, dans l'ensemble, les directives du juge du procès relativement au moyen de défense fondé sur l'intoxication, y compris celles données dans ses deuxième et dernier exposés supplémentaires, n'étaient ni erronées ni de nature à induire en erreur, quoiqu'il ne fût pas nécessaire de traiter de l'intoxication dans le cas d'infractions requérant une intention générale. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour rejeter les

inflammatory, and agree with its comments on the latter. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Jerome P. Kennedy, St. John's.

Solicitor for the respondent: Colin J. Flynn, St. John's.

moyens invoqués touchant les directives sur l'unanimité et les remarques soi-disant incendiaires du juge, et nous souscrivons aux commentaires qu'elle a faits à ce dernier sujet. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Jerome P. Kennedy, St. John's.

Procureur de l'intimée: Colin J. Flynn, St. John's.

Shawn Trevor Wesley Laverty *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAVERTY

File No.: 24822.

1996: October 11.

Present: Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Self-defence — Provocation — Trial judge's charge to jury containing no reversible error.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 60 B.C.A.C. 280, 99 W.A.C. 280, dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed.

B. Rory B. Morahan, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ GONTHIER J. — Substantially for the reasons of McEachern C.J. and Hollinrake J.A., we are all of the view that this appeal as of right should be dismissed. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Morahan & Aujla, Victoria.

Solicitor for the respondent: Robert A. Mulligan, Victoria.

Shawn Trevor Wesley Laverty *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LAVERTY

N° du greffe: 24822.

1996: 11 octobre.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Légitime défense — Provocation — Exposé du juge du procès au jury ne contenant aucune erreur justifiant annulation.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 60 B.C.A.C. 280, 99 W.A.C. 280, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

B. Rory B. Morahan, pour l'appellant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — Essentiellement pour les raisons exposées par le juge en chef McEachern et le juge Hollinrake, nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi formé de plein droit. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Morahan & Aujla, Victoria.

Procureur de l'intimée: Robert A. Mulligan, Victoria.

Bernadette Mae Keshane *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KESHANE

File No.: 25031.

1996: October 11.

Present: Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused charged with possession of marijuana for purpose of trafficking — Trial judge finding that warrantless search of accused's car violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Trial judge excluding marijuana found by police from evidence — Court of Appeal correct in directing that evidence be admitted — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Statutes and Regulations Cited*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1995), 134 Sask. R. 314, 101 W.A.C. 314, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of possession of marijuana for the purpose of trafficking and entering a conviction. Appeal allowed and new trial ordered.

Bruce P. Ritter, for the appellant.*Douglas G. Curliss*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — Assuming without deciding that there was an infringement of s. 8 of the *Charter* in this case, we are nonetheless all of the view that the evidence obtained as a result of the search was

Bernadette Mae Keshane *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. KESHANE

N° du greffe: 25031.

1996: 11 octobre.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Accusée inculpée de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — Juge du procès concluant que la fouille sans mandat de la voiture de l'accusée viole l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés — Juge du procès écartant de la preuve la marijuana découverte par la police — Cour d'appel ayant raison d'ordonner l'admission de cette preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Lois et règlements cités*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1995), 134 Sask. R. 314, 101 W.A.C. 314, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusée relativement à une accusation de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, et qui a inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Bruce P. Ritter, pour l'appelante.*Douglas G. Curliss*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — À supposer sans en décider qu'il y a eu violation de l'art. 8 de la *Charte* en l'espèce, nous sommes néanmoins tous d'avis que la preuve obtenue grâce à la fouille était admissible

admissible pursuant to s. 24(2). It was real evidence that existed prior to the search. It was not elicited as a result of the compelled assistance of the accused. There was no bad faith demonstrated by the police. If there was a breach of s. 8 it could not be termed either flagrant or serious. The evidence discovered in the search was essential to prove the commission of a serious offence. It follows that the Court of Appeal was correct in setting aside the acquittal by the trial judge and in directing that the evidence be admitted.

2 However the appellant did not have the opportunity to put forward a defence. There must therefore be a new trial with the evidence obtained in the search admitted. The order of the Court of Appeal is therefore varied to provide that a new trial is directed.

3 To the extent a new trial is directed, the appeal is allowed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Bright, Kolenick & Ritter, Yorkton.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

conformément au par. 24(2). Il s'agissait d'une preuve matérielle qui existait avant la fouille. Elle n'a pas été obtenue grâce à l'aide forcée de l'accusée. La police n'a pas fait preuve de mauvaise foi. S'il y a eu violation de l'art. 8, cette violation ne pouvait pas être qualifiée de flagrante ou de grave. La preuve découverte au cours de la fouille était essentielle pour établir la perpétration d'une infraction grave. Il s'ensuit que la Cour d'appel a eu raison d'annuler l'acquiescement prononcé par le juge du procès et d'ordonner l'admission de la preuve.

Cependant, l'appelante n'a pas eu l'occasion de soumettre une défense. Il doit donc y avoir un nouveau procès au cours duquel la preuve obtenue grâce à la fouille sera utilisée. En conséquence, l'ordonnance de la Cour d'appel est modifiée de manière à préciser qu'un nouveau procès est ordonné.

Dans la mesure où un nouveau procès est ordonné, le pourvoi est accueilli.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Bright, Kolenick & Ritter, Yorkton.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

POSTE MAIL

Société canadienne des postes / Canada Post Corporation

Port payé

Postage paid

Nbre

Blk

8801320
OTTAWA

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

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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1996 Vol. 3

3^e cahier, 1996 Vol. 3

Cited as [1996] 3 S.C.R. 415-604

Renvoi [1996] 3 R.C.S. 415-604

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Athey v. Leonati..... 458

Torts — Damages — Personal Injury — Extent of liability — Pre-existing condition — Injuries suffered from two accidents — Injury complained of occurring during medically sanctioned exercise routine while recovering from second accident — Whether defendants fully liable.

Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs... 566

Civil rights — Discrimination — Mental disability — Insurance — Employer's insurance policy providing income replacement scheme for employees rendered unable to work — In case of mental illness or disability, benefits terminated after two years unless employee remains in mental institution — Whether scheme discriminatory — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 16(1).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Athey c. Leonati..... 458

Responsabilité civile délictuelle — Dommages-intérêts — Préjudice corporel — Étendue de la responsabilité — État préexistant — Blessures subies dans deux accidents — La blessure en cause s'est produite au cours d'un programme d'exercices autorisé par le médecin pendant que la victime se remettait du deuxième accident — Les défendeurs sont-ils pleinement responsables?

Banque Manuvie du Canada c. Conlin..... 415

Hypothèques — Cautionnement — Convention de renouvellement — Libération de la caution — Cautionnement de l'hypothèque par l'époux de la débitrice hypothécaire — Clause de l'hypothèque prévoyant que les cautions sont responsables «à titre de débiteurs principaux et non de cautions» — Cau-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)..... 480

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Trial judge excluding public and media from courtroom during part of accused's sentencing proceedings — Whether s. 486(1) of Criminal Code infringes freedoms of expression and of the press — If so, whether s. 486(1) justifiable in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1).

Criminal law — Exclusion of public from court — Trial judge excluding public and media from courtroom during part of accused's sentencing proceedings — Whether trial judge exceeded his jurisdiction in making such order — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1).

Manulife Bank of Canada v. Conlin..... 415

Mortgages — Guarantee — Renewal agreement — Release of guarantor from liability — Mortgagor's husband guaranteeing mortgage — Mortgage clause providing that guarantors liable "as principal debtors and not as sureties" — Guarantee to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" — Mortgagor renewing mortgage at different interest rate — Renewal agreement not signed by guarantor — Whether guarantor waived equitable right to be released when principal loan renewed.

Courts — Jurisdiction — Mortgagor defaulting on mortgage — Bank obtaining summary judgment against mortgagor and guarantor — Whether Court of Appeal exceeded its jurisdiction in setting aside judgment and dismissing action against guarantor.

R. v. Biscette..... 599

Criminal law — Evidence — Crown disclosure — No prejudice to accused's right to full answer and defence — Proper consideration given to indicia of reliability and necessity in admitting the evidence.

R. v. Howell..... 604

Criminal law — Trial — Conspiracy to traffic in narcotics — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Trial judge not erring in refusing to allow accused to bring Charter application — Accused not denied right to make full answer and defence.

R. v. Pelletier..... 601

Criminal law — Identification — Robbery — Disguise with intent to commit indictable offence — Accused identified by eye witness — No palpable or overriding error on part of trial judge — Conviction upheld.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tionnement devant demeurer valide «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement [...] ou la modification de[s] conditions de paiement» — Débitrice hypothécaire renouvelant l'hypothèque à un taux d'intérêt différent — Convention de renouvellement non signée par la caution — La caution a-t-elle renoncé à son droit en equity d'être libérée lorsque le prêt principal a été renouvelé?

Tribunaux — Compétence — Défaut de paiement de l'hypothèque de la part de la débitrice hypothécaire — Banque obtenant un jugement sommaire contre la débitrice hypothécaire et la caution — La Cour d'appel a-t-elle excédé sa compétence en infirmant le jugement et en rejetant l'action intentée contre la caution?

Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs... 566

Libertés publiques — Discrimination — Incapacité mentale — Assurance — Police d'assurance d'un employeur comportant un régime de remplacement du revenu pour les employés devenus incapables de travailler — En cas de maladie ou de déficience mentale, l'indemnité cesse d'être versée au bout de deux ans, sauf si l'employé demeure interné dans un établissement psychiatrique — Le régime est-il discriminatoire? — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 16(1).

R. c. Biscette..... 599

Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve du ministère public — Aucun préjudice causé au droit de l'accusé à une défense pleine et entière — Indices de fiabilité et de nécessité pris en considération à bon droit en déclarant la preuve admissible.

R. c. Howell..... 604

Droit criminel — Procès — Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants — Charte canadienne des droits et libertés — Le juge du procès n'a pas fait erreur en refusant de permettre à l'accusé de présenter une demande fondée sur la Charte — L'accusé ne s'est pas vu privé du droit à une défense pleine et entière.

R. c. Pelletier..... 601

Droit criminel — Identification — Vol qualifié — Déguisement dans un dessein criminel — Identification de l'accusé par un témoin — Aucune erreur manifeste ou déterminante de la part du juge du procès — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Richard..... 525

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Droit à un procès public et équitable devant un tribunal impartial et indépendant — Renonciation — Personnes arrêtées pour excès de vitesse déclarées coupables conformément à une disposition législative provinciale parce

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Richard 525

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Right to fair and public hearing by independent and impartial tribunal — Waiver — Persons stopped for speeding convicted under provincial statutory provision because they failed to pay fine indicated in ticket and to appear in court at time stated in ticket — Whether provincial provision infringes rights guaranteed to persons charged with offences by s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 11(d) rights waived — Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987, c. P-22.1, s. 16.

R. v. Sherry 602

Criminal law — Trial — Fairness — Trial judge not prejudging or appearing to prejudice credibility of witness — Accused not prevented from making full answer and defence — Crown's cross-examination not exceeding permissible limits.

Verdun v. Toronto-Dominion Bank 550

Banks — Shareholders — Proposals — Annual meeting of shareholders — Whether beneficial shareholder of bank may submit proposals for inclusion in bank's management proxy circular — Whether beneficial shareholder a "shareholder entitled to vote" within meaning of s. 143(1) of Bank Act — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 93(1), 143(1).

SOMMAIRE (Fin)

qu'elles ont omis de payer l'amende prévue au billet de contravention et négligé de se présenter en cour au moment indiqué sur ce billet — Cette disposition provinciale porte-t-elle atteinte aux droits que l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit aux personnes inculpées? — Y a-t-il eu renonciation aux droits conférés par l'art. 11d)? — Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, art. 16.

R. c. Sherry 602

Droit criminel — Procès — Équité — Le juge du procès n'a pas préjugé ni donné l'impression de préjuger de la crédibilité du témoin — L'accusé n'a pas été empêché de présenter une défense pleine et entière — Le contre-interrogatoire du ministère public n'a pas dépassé les limites du permissible.

Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Pro-cureur général) 480

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Le juge du procès a ordonné l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine de l'accusé — L'article 486(1) du Code criminel porte-t-il atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de la presse? — Dans l'affirmative, l'art. 486(1) est-il justifiable dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1).

Droit criminel — Exclusion du public de la salle d'audience — Le juge du procès a ordonné l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine de l'accusé — Le juge du procès a-t-il outrepassé sa compétence en rendant cette ordonnance? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1).

Verdun c. Banque Toronto-Dominion 550

Banques — Actionnaires — Propositions — Assemblée annuelle des actionnaires — Un véritable propriétaire d'actions d'une banque peut-il soumettre des propositions en vue de les faire incorporer dans une circulaire de sollicitation de procurations envoyée par la direction de la banque? — Un véritable propriétaire d'actions est-il un «actionnaire habile à voter» au sens de l'art. 143(1) de la Loi sur les banques? — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 93(1), 143(1).

Manulife Bank of Canada *Appellant*

v.

John Joseph Conlin *Respondent*

INDEXED AS: MANULIFE BANK OF CANADA v. CONLIN

File No.: 24499.

1996: May 30; 1996: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mortgages — Guarantee — Renewal agreement — Release of guarantor from liability — Mortgagor's husband guaranteeing mortgage — Mortgage clause providing that guarantors liable "as principal debtors and not as sureties" — Guarantee to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" — Mortgagor renewing mortgage at different interest rate — Renewal agreement not signed by guarantor — Whether guarantor waived equitable right to be released when principal loan renewed.

Courts — Jurisdiction — Mortgagor defaulting on mortgage — Bank obtaining summary judgment against mortgagor and guarantor — Whether Court of Appeal exceeded its jurisdiction in setting aside judgment and dismissing action against guarantor.

The respondent guaranteed a mortgage for a three-year term with an interest rate of 11.5 percent per annum which his wife had provided as security for a loan from the appellant bank. In clause 34 of the mortgage agreement, the guarantors promised, as "principal debtors and not as sureties", to pay the money secured by the mortgage. The guarantee was to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". Shortly before the mortgage was to mature, the mortgagor and the bank executed an agreement which renewed the mortgage for a further three-year term at a yearly interest rate of 13 percent. The renewal forms provided spaces for the signature of the "registered owner" and the "guarantor", but

Banque Manuvie du Canada *Appelante*

c.

John Joseph Conlin *Intimé*

RÉPERTORIÉ: BANQUE MANUVIE DU CANADA c. CONLIN

N° du greffe: 24499.

1996: 30 mai; 1996: 31 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

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

Hypothèques — Cautionnement — Convention de renouvellement — Libération de la caution — Cautionnement de l'hypothèque par l'époux de la débitrice hypothécaire — Clause de l'hypothèque prévoyant que les cautions sont responsables «à titre de débiteurs principaux et non de cautions» — Cautionnement devant demeurer valide «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement» — Débitrice hypothécaire renouvelant l'hypothèque à un taux d'intérêt différent — Convention de renouvellement non signée par la caution — La caution a-t-elle renoncé à son droit en equity d'être libérée lorsque le prêt principal a été renouvelé?

Tribunaux — Compétence — Défaut de paiement de l'hypothèque de la part de la débitrice hypothécaire — Banque obtenant un jugement sommaire contre la débitrice hypothécaire et la caution — La Cour d'appel a-t-elle excédé sa compétence en infirmant le jugement et en rejetant l'action intentée contre la caution?

L'intimé s'est porté garant d'une hypothèque de trois ans, portant intérêt au taux de 11,5 pour 100 par année, que sa femme avait offerte en garantie de remboursement d'un prêt obtenu auprès de la banque appelante. À la clause 34 de la convention hypothécaire, les cautions se sont engagées, «à titre de débiteurs principaux et non de cautions», à rembourser la somme garantie par l'hypothèque. Le cautionnement devait demeurer valide «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». Peu avant que l'hypothèque vienne à échéance, la débitrice hypothécaire et la banque ont signé une convention de renouvellement de l'hypothèque pour une autre période de trois ans, à un taux d'intérêt de 13 pour 100 par année.

the agreement was signed only by the mortgagor. The mortgagor defaulted on the mortgage, and the bank obtained a summary judgment against the mortgagor and the guarantors for the principal owing under the mortgage with interest at 13 percent per annum. The Court of Appeal, in a majority decision, set aside the judgment and dismissed the action against the respondent guarantor. This appeal is to determine (1) whether the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in allowing the appeal and dismissing the action, rather than sending the matter back to trial, and (2) whether under the terms of the loan agreement, the respondent was released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased, without notice to him.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Jurisdiction*

The Court of Appeal has jurisdiction to make any order or decision that ought to or could have been made by the court or tribunal appealed from. Considered in light of Rule 1.04(1), which provides that the rules are to be liberally construed, Rules 20.04(2) and (4) of the *Rules of Civil Procedure* gave the motions court judge the jurisdiction to dismiss the action against the respondent. The judge could either have found that there was no genuine issue for trial or he could have found that the only genuine issue was an issue of law. In either case, it would have been within his jurisdiction and, by extension, within the jurisdiction of the Court of Appeal, to dispose of the matter by dismissing the appellant's claim. The appellant was not deprived of its right to have its case fully heard and to test all of the respondent's evidence. Under Rule 39.02(1), a party to a motion may cross-examine the deponent of any affidavit served by a party who is adverse in interest on the motion. The appellant chose not to exercise this right and left the respondent's evidence unchallenged.

(2) *Release from liability*

Per La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ.: It has long been clear that a guarantor will be released from liability on the guarantee in circumstances where the creditor and the principal debtor agree to a material alteration of the terms of the contract of debt without the consent of the guarantor. A surety can contract out of the protection provided to a guarantor by the common

Les formules de renouvellement comportaient un espace pour la signature du «propriétaire enregistré» et de la «caution», mais la convention n'a été signée que par la débitrice hypothécaire. Il y a eu défaut de paiement de l'hypothèque de la part de la débitrice hypothécaire et la banque a obtenu un jugement sommaire contre la débitrice hypothécaire et les cautions pour le capital dû en vertu de l'hypothèque, avec intérêts au taux de 13 pour 100 par année. La Cour d'appel à la majorité a infirmé le jugement et rejeté l'action intentée contre la caution intimée. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si la Cour d'appel a excédé sa compétence en accueillant l'appel et en rejetant l'action, au lieu de renvoyer l'affaire au procès, et (2) si, en vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé a été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garantis par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans qu'il en soit informé.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

(1) *Compétence*

La Cour d'appel a compétence pour rendre l'ordonnance ou la décision que le tribunal dont il y a appel aurait dû ou pu rendre. À la lumière du par. 1.04(1) des *Règles*, qui prévoit que les règles doivent recevoir une interprétation large, les par. 20.04(2) et (4) des *Règles de procédure civile* conféraient au juge des requêtes compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé. Le juge aurait pu conclure soit qu'il n'y avait pas de question litigieuse soit que la seule question litigieuse portait sur une question de droit. Dans un cas comme dans l'autre, lui-même et, par extension, la Cour d'appel auraient eu compétence pour trancher l'affaire en rejetant la demande de l'appelante. On n'a pas refusé à l'appelante le droit de faire entendre pleinement sa preuve et de vérifier l'exactitude de tout le témoignage de l'intimé. En vertu du par. 39.02(1) des *Règles*, une partie à une requête peut contre-interroger le déposant d'un affidavit signifié par une partie ayant des intérêts opposés relativement à cette requête. L'appelante a choisi de ne pas exercer ce droit et de ne pas contester le témoignage de l'intimé.

(2) *Libération de responsabilité*

Les juges La Forest, Sopinka, Cory et Major: Il est clair depuis longtemps que la caution est libérée de sa responsabilité en vertu du cautionnement lorsque le créancier et le débiteur principal conviennent d'apporter une modification importante aux conditions de la dette contractuelle sans son consentement. Une caution peut renoncer par contrat à la protection que lui accorde la

law or equity, but any contracting out of the equitable principle must be clear. The issue as to whether a surety remains liable will be determined by interpreting the contract between the parties and determining the intention of the parties as demonstrated by the words of the contract and the events and circumstances surrounding the transaction as a whole. If there is any ambiguity in the terms used in the guarantee, the words of the documents should be construed against the party which drew it, by applying the *contra proferentem* rule. As well, this Court has stated that the surety is a favoured creditor in the eyes of the law whose obligation should be strictly examined and strictly enforced. The guarantor in this case comes within the class of accommodation sureties, or those who enter into the guarantee in the expectation of little or no remuneration. The law has protected such guarantors by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety.

Clause 34 and clause 7, dealing with renewal or extension of time, unambiguously indicate that the respondent was not bound by the renewal agreement. If the guarantor is to be treated as a principal debtor and not as a guarantor, then the failure of the bank to notify the respondent of the renewal agreement and the new terms of the contract must release him from his obligations since he is not a party to the renewal. Moreover, even if it were thought that the principal debtor clause does not convert the guarantor into a principal debtor, the equitable or common law rules relieving the surety from liability where the contract has been materially altered by the creditor and the principal debtor without notice to the surety would apply, in the absence of an express agreement to the contrary. Two aspects of the renewal agreement itself lead to the conclusion that the guarantor is not to be bound. First, the renewal agreement is once again a standard form prepared and used by the bank and it calls for the signature of the guarantor. Secondly, the renewal agreement states that the terms of the old mortgage will form part of the agreement, and by doing so indicates that this is a new agreement rather than merely an extension of an old agreement. Further, clause 7 of the original mortgage specifically distinguishes between extensions and renewals both in its heading and in its text. The failure to refer to a renewal agreement or even to a renewal in clause 34 strongly suggests that it has no application to a renewal. The words used in clauses 34 and 7 are sufficiently clear to conclude that the guarantor did not waive his equitable and common law rights either as a principal debtor or as a guarantor. If the wording of the two clauses should be found to be ambiguous, the *con-*

common law ou l'*equity*, mais toute renonciation par contrat au principe d'*equity* doit être claire. Pour savoir si la responsabilité de la caution subsiste, il faut interpréter le contrat liant les parties et déterminer leur intention eu égard aux mots qu'elles ont utilisés et aux circonstances de l'ensemble de l'opération. Il y a lieu d'appliquer la règle *contra proferentem* selon laquelle une clause de cautionnement ambiguë doit être interprétée au détriment de la partie qui l'a rédigée. De même, notre Cour a affirmé que la caution est, aux yeux de la common law, un créancier privilégié dont l'obligation devrait être interprétée et exécutée strictement. La caution, dans la présente affaire, tombe dans la catégorie des cautions de complaisance, ou de celles qui ont conclu le contrat de cautionnement en espérant peu de rétribution, si ce n'est aucune. La loi a protégé ces cautions en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement.

La clause 34 et la clause 7, qui porte sur le renouvellement ou la prorogation de délai, indiquent nettement que l'intimé n'était pas lié par la convention de renouvellement. S'il faut traiter la caution comme un débiteur principal et non comme une caution, alors le défaut de la banque d'aviser l'intimé de la convention de renouvellement et des nouvelles conditions du contrat doit le libérer de ses obligations étant donné qu'il n'est pas partie au renouvellement. De plus, même si l'on pensait que la clause de débiteur principal ne transforme pas la caution en un débiteur principal, les règles d'*equity* et de common law qui libèrent la caution de sa responsabilité, lorsque le créancier et le débiteur principal ont modifié sensiblement le contrat sans l'aviser, s'appliqueraient, en l'absence d'un consentement explicite à ce qu'il en soit autrement. Deux aspects de la convention de renouvellement elle-même mènent à la conclusion que la caution ne doit pas être liée. Premièrement, la convention de renouvellement est une formule type préparée et utilisée par la banque, qui requiert la signature de la caution. Deuxièmement, la convention de renouvellement prévoit que les conditions de l'ancienne hypothèque feront partie de la convention, indiquant ainsi qu'il s'agit d'une nouvelle convention plutôt qu'une simple prorogation de l'ancienne. En outre, la clause 7 de l'hypothèque initiale distingue expressément les prorogations des renouvellements, tant dans sa rubrique que dans son texte même. L'absence de mention d'une convention de renouvellement ou même d'un renouvellement dans la clause 34 donne fortement à penser qu'elle ne s'applique pas à un renouvellement. Les mots utilisés dans les clauses 34 et 7 sont suffisamment clairs pour conclure que la caution n'a pas renoncé aux droits que

tra proferentem rule must be applied against the bank. The wording of clause 34 binding the guarantor to variations in the event of an extension of the mortgage should not be applied to bind the guarantor to a renewal without notice since there is ambiguity as to whether clause 34 applies to renewals at all. In these circumstances as well, the guarantor should be relieved of liability.

Per Gonthier and Iacobucci JJ. (dissenting): Clause 34 amounts to a waiver of the respondent's right to be discharged as a result of a material variation of the principal contract. Guarantee contracts are basically contracts, like any others, and should be construed according to the ordinary rules of contractual interpretation. The cardinal interpretive rule of contracts is that the court should give effect to the intentions of parties as expressed in their written document. The court will deviate from the plain meaning of the words only if a literal interpretation of the contractual language would lead either to an absurd result or to a result which is plainly repugnant to the intention of the parties. By clause 34, the guarantors agree to remain bound by the guarantee contract notwithstanding the giving of time for payment of the mortgage or the varying of the rate of interest. While clause 34 does not refer to "renewal" agreements by name, it does contain a clear waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of an extension of time or an increase in the rate of interest. The plain ordinary meaning of the words "the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" encompasses the renewal agreement. While the parties used a renewal agreement, at bottom, that renewal agreement extended the time for payment and increased the interest rate, events that are expressly covered in clause 34. Under clause 34, the bank did not have to notify the guarantors of the renewal agreement. The language of the clause is clear, and it would be odd to infer a condition of notice when the undertaking is so clear and unambiguous. As "principal debtors", the guarantors would not be expected to sign the renewal agreement. The evident intention of the parties, in using this kind of language, was to preserve the liability of the surety even in circumstances where the principal obligation was no longer enforceable. The space for the guarantors' signature on the renewal agreement is not helpful in trying to interpret the guarantee contract, since the wording or form of another subsequent contract, entered into three years later, cannot change the meaning of the

l'equity et la common law lui confèrent à titre de débiteur principal ou de caution. Si l'on conclut que le texte des deux clauses est ambigu, il faut appliquer la règle *contra proferentem* au détriment de la banque. Le texte de la clause 34 liant la caution aux modifications qui peuvent être apportées en cas de prorogation de l'hypothèque ne devrait pas être interprété de manière à lier la caution à un renouvellement effectué sans donner avis, étant donné qu'il y a ambiguïté quant à savoir si la clause 34 s'applique de quelque façon que ce soit aux renouvellements. Dans ces circonstances aussi, la caution devrait être libérée de sa responsabilité.

Les juges Gonthier et Iacobucci (dissidents): La clause 34 équivaut à une renonciation par l'intimé au droit d'être libéré en raison d'une modification importante du contrat principal. Les contrats de cautionnement sont au fond des contrats comme les autres, qui devraient être interprétés selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. La principale règle d'interprétation des contrats veut que les tribunaux mettent à exécution les intentions que les parties ont exprimées dans leur document écrit. La cour ne s'écartera du sens ordinaire des mots que si une interprétation littérale des termes du contrat menait à un résultat absurde ou à un résultat nettement inconciliable avec l'intention des parties. À la clause 34, les cautions consentent à rester liées par le contrat de cautionnement nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de l'hypothèque ou la modification du taux d'intérêt. Bien qu'elle ne mentionne pas expressément les conventions de «renouvellement», la clause 34 contient une renonciation claire au droit des cautions d'être libérées dans le cas d'une prorogation de délai ou d'une augmentation du taux d'intérêt. Le sens clair et ordinaire des mots «l'attribution d'un délai de paiement [...] ou la modification de[s] conditions de paiement» comprend la convention de renouvellement. Bien que les parties aient conclu une convention de renouvellement, au fond, cette convention de renouvellement prorogeait le délai de paiement et augmentait le taux d'intérêt, ce qui était expressément prévu à la clause 34. En vertu de la clause 34, la banque n'était pas tenue d'aviser les cautions de la convention de renouvellement. Le texte de cette clause est clair et il serait étrange de déduire l'existence d'une exigence d'avis en présence d'un engagement aussi clair et net. On ne s'attendrait pas à ce que, à titre de «débiteurs principaux», les cautions soient signataires de la convention de renouvellement. Les parties avaient manifestement l'intention, en utilisant cette terminologie, de maintenir la responsabilité de la caution même dans le cas où l'obligation principale ne pourrait plus être exécutée. L'espace prévu pour la signature de la caution dans la con-

original agreement. The respondent promised to guarantee the payment of the money secured by the original mortgage, and the terms of that mortgage thus determine the extent of his liability. The respondent is not liable for interest at the increased rate of 13 percent, but simply to repay the balance owing on the principal sum with interest charged at 11.5 percent per annum.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Subject to the following comment, Iacobucci J.'s reasons are substantially agreed with. Courts should generally use the "modern contextual approach" as the standard, normative approach to judicial interpretation, and may exceptionally resort to the old "plain meaning" rule in appropriate circumstances. To determine the appropriate definition of the phrase "the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" in the present context, Iacobucci J. reviewed the provisions in their immediate context, the contract as a whole, the consequences of proposed interpretations, the applicable presumptions and rules of interpretation, and admissible external aids. This process is not an application of the "plain meaning" approach but rather an application of the "modern contextual approach" to judicial interpretation. The rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally are essentially the same as the rules for statutory interpretation. The "modern contextual approach" for statutory interpretation, with appropriate adaptations, is equally applicable to contractual interpretation. Statutory interpretation and contractual interpretation are but two species of the general category of judicial interpretation. Here, the resulting interpretation did not come from the "plain meaning" of the words, but from their "meaning in law", because they are "legal terms of art". Where an instrument uses a legal term of art, there is a presumption that the term of art is used in its correct legal sense, and this is the presumption that is resorted to by Iacobucci J. when he makes use of admissible external aids in determining the correct meaning of the phrase "to give time".

vention de renouvellement n'est d'aucune utilité pour tenter d'interpréter le contrat de cautionnement, puisque le texte ou la forme d'un autre contrat conclu trois ans plus tard ne saurait changer le sens de la convention initiale. L'intimé a promis de garantir le paiement des sommes garanties par l'hypothèque initiale, et les conditions de cette hypothèque déterminent donc l'étendue de sa responsabilité. L'intimé est responsable non pas des intérêts calculés au taux majoré de 13 pour 100 par année, mais simplement du remboursement du solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Sous réserve du commentaire suivant, il y a accord, pour l'essentiel, avec les motifs du juge Iacobucci. Les tribunaux doivent généralement utiliser la «méthode contextuelle moderne» comme méthode normative standard d'interprétation judiciaire et ils peuvent exceptionnellement recourir à l'ancienne règle du «sens ordinaire» quand les circonstances s'y prêtent. Pour définir l'expression «l'attribution d'un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement» dans le présent contexte, le juge Iacobucci a examiné les dispositions dans leur contexte immédiat, le contrat dans son ensemble, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles d'interprétation applicables, ainsi que les sources acceptables d'aide extérieure. Cette démarche est une application non pas de la méthode du «sens ordinaire», mais plutôt de la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation judiciaire. Les règles qui régissent l'interprétation des actes et des contrats en général sont essentiellement les mêmes que les règles d'interprétation des lois. La «méthode contextuelle moderne» d'interprétation des lois s'applique également, avec les adaptations nécessaires, à l'interprétation des contrats. L'interprétation des lois et l'interprétation des contrats ne sont que deux subdivisions de la grande catégorie de l'interprétation judiciaire. En l'espèce, l'interprétation qui a résulté découlait non pas du «sens ordinaire» des mots, mais plutôt de leur «sens en droit» parce que ce sont des «termes techniques propres au domaine juridique». Lorsqu'un instrument emploie un terme technique propre au domaine juridique, ce terme technique est présumé être employé dans son sens juridique exact, et c'est la présomption à laquelle recourt le juge Iacobucci lorsqu'il utilise une source acceptable d'aide extérieure pour déterminer le sens exact de l'expression «accorder un délai».

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; *First City Capital Ltd. v. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792; *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165; *Alberta Opportunity Co. v. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109; *Co-operative Trust Co. of Canada v. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90; *Royal Trust Corp. of Canada v. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287; *Veteran Appliance Service Co. v. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117.

By Iacobucci J. (dissenting)

Holme v. Brunskill (1878), 3 Q.B.D. 495; *Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101; *Keltic Leasing Corp. v. Curtis* (1993), 133 N.B.R. (2d) 73; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936; *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

River Wear Commissioners v. Adamson (1877), 2 App. Cas. 743; *Sydall v. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302; *Inland Revenue Commissioners v. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(1).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rules 1.04(1), 20.04(2), (4), 39.02(1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1979, "renewal", "extension".
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "extend", "renew".
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; *First City Capital Ltd. c. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792; *Holland-Canada Mortgage Co. c. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165; *Alberta Opportunity Co. c. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109; *Co-operative Trust Co. of Canada c. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90; *Royal Trust Corp. of Canada c. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287; *Veteran Appliance Service Co. c. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

Holme c. Brunskill (1878), 3 Q.B.D. 495; *Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101; *Keltic Leasing Corp. c. Curtis* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 73; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936; *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

River Wear Commissioners c. Adamson (1877), 2 App. Cas. 743; *Sydall c. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302; *Inland Revenue Commissioners c. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197.

Lois et règlements cités

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 134(1).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, art. 1.04(1), 20.04(2), (4), 39.02(1).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1979, «renewal», «extension».
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, «extend», «renew».
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143, reversing a decision of the Ontario Court (General Division) finding the respondent liable to pay under a mortgage. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting.

H. Stephen Lee, for the appellant.

Raymond F. Leach and *Barbara F. Fischer*, for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ. was delivered by

CORY J. — I have read with great interest the clear and concise reasons of Justice Iacobucci. I am in agreement with his finding that the Court of Appeal had jurisdiction to make the order dismissing the action against the respondent. However, I must differ with his conclusion that by the terms of the guarantee, the respondent waived the equitable right of a guarantor to be released upon renewal of the mortgage loan with a different term and interest rates to which the guarantor did not consent.

The Position of a Guarantor as Defined by Equity and the Common Law

It has long been clear that a guarantor will be released from liability on the guarantee in circumstances where the creditor and the principal debtor agree to a material alteration of the terms of the contract of debt without the consent of the guarantor. The principle was enunciated by Cotton L.J. in *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), at pp. 505-6, in this way:

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143, qui a infirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) qui avait conclu que l'intimé était responsable du paiement d'une hypothèque. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci sont dissidents.

H. Stephen Lee, pour l'appelante.

Raymond F. Leach et *Barbara F. Fischer*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory et Major rendu par

LE JUGE CORY — J'ai lu avec grand intérêt les motifs clairs et concis du juge Iacobucci. Je suis d'accord avec sa conclusion que la Cour d'appel avait compétence pour délivrer l'ordonnance rejetant l'action contre l'intimé. Toutefois, je dois exprimer mon désaccord avec sa conclusion qu'en vertu des conditions du cautionnement l'intimé a renoncé au droit qu'une caution possède en *equity* d'être libérée en cas de renouvellement du prêt hypothécaire où l'échéance et le taux d'intérêt sont modifiés sans son consentement.

La situation de la caution en vertu de l'*equity* et de la common law

Il est clair depuis longtemps que la caution est libérée de sa responsabilité en vertu du cautionnement lorsque le créancier et le débiteur principal conviennent d'apporter une modification importante aux conditions de la dette contractuelle sans son consentement. Ce principe est énoncé ainsi par le lord juge Cotton dans l'arrêt *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), aux pp. 505 et 506:

The true rule in my opinion is, that if there is any agreement between the principals with reference to the contract guaranteed, the surety ought to be consulted, and that if he has not consented to the alteration, although in cases where it is without inquiry evident that the alteration is unsubstantial, or that it cannot be otherwise than beneficial to the surety, the surety may not be discharged; yet, that if it is not self-evident that the alteration is unsubstantial, or one which cannot be prejudicial to the surety, the Court . . . will hold that in such a case the surety himself must be the sole judge whether or not he will consent to remain liable notwithstanding the alteration, and that if he has not so consented he will be discharged.

This rule has been adopted in a number of Canadian cases. See for example *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, at p. 562.

3

The basis for the rule is that any material alteration of the principal contract will result in a change of the terms upon which the surety was to become liable, which will, in turn, result in a change in the surety's risk. The rationale was set out in *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996) by Professor K. P. McGuinness in this way, at p. 534:

The foundation of the rule in equity is certainly consistent with traditional thinking, but it is a fair question whether it is necessary to invoke the aid of equity at all in order to conclude that in a case where the principal contract is varied materially without the surety's consent, the surety is not liable for any subsequent default. Essentially, a specific or discrete guarantee (as opposed to an all accounts guarantee) is an undertaking by the surety against the risks arising from a particular contract with the principal. If that contract is varied so as to change the nature or extent of the risks arising under it, then the effect of the variation is not so much to cancel the liability of the surety as to remove the creditor from the scope of the protection that the guarantee affords. When so viewed, the foundation of the surety's defence appears in law rather than equity: it is not that the surety is no longer liable for the original contract as it is that the original contract for which the surety assumed liability has ceased to apply. In varying the principal contract without the consent of the surety, the creditor embarks upon a frolic of his own, and if misfortune occurs it occurs at the sole risk of the creditor. A law based

[TRADUCTION] La véritable règle est, à mon avis, la suivante: s'il y a une convention entre les parties principales quant au contrat cautionné, la caution doit être consultée et, si elle n'a pas consenti à la modification, même dans le cas où il est parfaitement évident que la modification n'est pas importante ou qu'elle ne peut que lui être profitable, la caution ne peut être libérée; cependant, s'il n'est pas évident en soi que la modification n'est pas importante ou qu'elle n'est pas susceptible de porter préjudice à la caution, la cour [. . .] statuera alors qu'il revient à la caution elle-même de décider si elle consent à rester liée nonobstant la modification, et si elle ne donne pas ce consentement, elle sera libérée.

Cette règle a été adoptée dans un certain nombre de décisions canadiennes. Voir, par exemple, l'arrêt *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, à la p. 562.

La règle est fondée sur le raisonnement selon lequel toute modification importante du contrat principal a pour résultat de modifier les conditions auxquelles la responsabilité de la caution devait être engagée, ce qui a pour effet de modifier le risque auquel la caution est exposée. Ce raisonnement a été formulé par le professeur K. P. McGuinness dans *The Law of Guarantee* (2^e éd. 1996), à la p. 534:

[TRADUCTION] Le fondement de la règle d'*equity* est certainement compatible avec le courant de pensée traditionnel, mais il est juste de se demander s'il est nécessaire d'invoquer de quelque façon l'*equity* pour conclure que, dans le cas où une modification importante est apportée au contrat principal sans le consentement de la caution, cette dernière ne verra pas sa responsabilité engagée en cas d'inexécution subséquente. Au fond, un cautionnement particulier ou distinct (par opposition à un cautionnement général) est un engagement par lequel la caution se porte garante des risques découlant d'un contrat particulier avec le débiteur principal. Si ce contrat est modifié de manière à changer la nature et l'ampleur des risques qui en découlent, la modification n'a pas tant pour effet d'annuler la responsabilité de la caution que de soustraire le créancier à la protection que le cautionnement accorde. Sous cet angle, la défense de la caution paraît reposer sur la common law plutôt que sur l'*equity*: ce n'est pas que la caution n'assume plus aucune responsabilité relativement au contrat initial, mais plutôt que le contrat initial pour lequel la caution a assumé une responsabilité ne s'applique plus. En modi-

approach to the defence is in certain respects attractive, because it moves the surety's right of defence in the case of material variation from the discretionary and therefore relatively unsettled realm of equity into the more absolute and certain realm of law. In any event, it is clear quite certainly in equity and quite probably in law as well, that the material variation of the principal contract without the surety's consent (unless subsequently ratified by the surety) will result in the discharge of the surety from liability under the guarantee.

And further at p. 541, he wrote:

Where the risk to which the surety is exposed is changed, the rationale for the complete release of the surety is easily explained. To change the principal contract is to change the basis upon which the surety agreed to become liable. A surety's liability extends only to the contract which he has agreed to guarantee. If the terms of that contract (and consequently the terms of the surety's risk) are varied then the creditor should no longer be entitled to hold the surety to his obligation under the guarantee. To require a surety to maintain a guarantee in such a situation would be to allow the creditor and the principal to impose a guarantee upon the surety in respect of a new transaction. Such a power in the hands of the principal and creditor would amount to a radical departure from the principles of consensus and voluntary assumption of duty that form the basis of the law of contract.

The Right of a Guarantor to Contract Out of the Protection Provided by the Common Law

Generally, it is open to parties to make their own arrangements. It follows that a surety can contract out of the protection provided to a guarantor by the common law or equity. See for example *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 107. The Ontario Court of Appeal, correctly in my view, added that any contracting out of the equitable principle must be clear. See *First City Capital Ltd. v. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792 (C.A.), at p. 796.

fiant le contrat principal sans le consentement de la caution, le créancier le fait à ses risques et périls, et si une malchance survient, elle survient uniquement aux dépens du créancier. Une façon d'aborder la défense sous l'angle de la common law est attrayante à certains égards, parce que cela fait passer le droit de la caution de se défendre, dans le cas où il y a eu modification importante, du domaine discrétionnaire et donc relativement incertain de l'*equity* au domaine plus absolu et certain de la common law. De toute manière, il est clair, très certainement en *equity* et fort probablement en common law aussi, que la modification importante du contrat principal effectuée sans le consentement de la caution (à moins qu'elle ne l'ait ratifiée ultérieurement) aura pour résultat de libérer la caution de sa responsabilité aux termes du cautionnement.

Il écrit ensuite, à la p. 541:

[TRADUCTION] Si le risque auquel la caution est exposée est modifié, la libération totale de la caution se justifie facilement. Modifier le contrat principal, c'est modifier le motif pour lequel la caution a convenu d'être responsable. La responsabilité de la caution se limite au contrat pour lequel elle s'est portée garante. Si les conditions de ce contrat (et donc les conditions du risque auquel est exposée la caution) sont modifiées, alors le créancier ne devrait plus avoir le droit d'exiger de la caution l'exécution de son obligation en vertu du cautionnement. Dans un tel cas, exiger d'une caution qu'elle maintienne son cautionnement équivaldrait à permettre au créancier et au débiteur principal de forcer la caution à se porter garante d'une nouvelle opération. Un tel pouvoir de la part du créancier et du débiteur principal représenterait une dérogation radicale aux principes de consensus et d'acceptation volontaire d'obligations sur lesquels repose le droit des contrats.

Le droit de la caution de renoncer par contrat à la protection de la common law

De façon générale, il est loisible aux parties de conclure leurs propres arrangements. Il s'ensuit qu'une caution peut renoncer par contrat à la protection que lui accorde la common law ou l'*equity*; voir, par exemple, l'arrêt *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, à la p. 107. La Cour d'appel de l'Ontario a ajouté, à juste titre selon moi, que toute renonciation par contrat au principe d'*equity* doit être claire. Voir *First City Capital Ltd. c. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792 (C.A.), à la p. 796.

5 The principle was explained by Professor McGuinness in *The Law of Guarantee, supra*, at p. 546, in these words:

There are certain types of amendment that may be made to the terms of a principal contract (or departures from the terms of the principal contract) that will not have the effect of discharging the surety under that contract, even though those changes may be of a material nature. For instance, where the changes that have been made to the principal contract were specifically authorized by the surety or were otherwise within the contemplation of the contract, the surety will not be discharged. Similarly, changes which are authorized within the guarantee will not relieve the surety from liability.

It is a question of interpretation whether such changes are authorized or contemplated.

The author added at p. 547 the following sage advice to lending institutions:

Since the courts have tended to give a narrow construction to provisions in standard form guarantees which authorize such changes, it would be most unwise for a creditor to agree to changes without first obtaining the consent of the surety, except where there is clear authorization for him to act solely upon his own initiative. Where the creditor seeks to show that the guarantee agreement provides a blanket authorization to make material alterations to the principal contract, the wording must be very clear that such a right was intended. [Emphasis added.]

Dans *The Law of Guarantee, op. cit.*, le professeur McGuinness explique ainsi ce principe, à la p. 546:

[TRADUCTION] Il y a certaines modifications des conditions d'un contrat principal (ou dérogations à ces conditions) qui n'auront pas pour effet de libérer la caution à l'égard de ce contrat, même si ces modifications peuvent être importantes. Par exemple, si les modifications du contrat principal ont été précisément autorisées par la caution ou si elles étaient par ailleurs prévues par le contrat, la caution ne sera pas libérée. De même, les modifications autorisées apportées au cautionnement ne libéreront pas la caution de sa responsabilité.

La question de savoir si ces modifications sont autorisées ou prévues est une question d'interprétation.

À la page 547, l'auteur ajoute à l'intention des établissements de crédit le sage conseil suivant:

[TRADUCTION] Étant donné que les tribunaux ont tendance à donner une interprétation restrictive aux dispositions des contrats types de cautionnement qui autorisent ces modifications, il serait extrêmement imprudent, de la part d'un créancier, de convenir de faire des modifications sans d'abord obtenir préalablement le consentement de la caution, sauf lorsqu'il est clairement autorisé à agir de son propre chef. Lorsque le créancier cherche à démontrer que la convention de cautionnement lui accorde une autorisation générale d'apporter des modifications importantes au contrat principal, il doit être écrit très clairement qu'on a voulu conférer ce droit. [Je souligne.]

6 The issue as to whether a surety remains liable will be determined by interpreting the contract between the parties and determining the intention of the parties as demonstrated by the words of the contract and the events and circumstances surrounding the transaction as a whole.

Principles of Interpretation

7 In many if not most cases of guarantees a contract of adhesion is involved. That is to say the document is drawn by the lending institution on a standard form. The borrower and the guarantor have little or no part in the negotiation of the agreement. They have no choice but to comply with its terms if the loan is to be granted. Often the guarantors are family members with limited com-

Pour savoir si la responsabilité de la caution subsiste, il faut interpréter le contrat liant les parties et déterminer leur intention eu égard aux mots qu'elles ont utilisés et aux circonstances de l'ensemble de l'opération.

Principes d'interprétation

De nombreux cautionnements, voir la plupart, sont consentis au moyen d'un contrat d'adhésion. En d'autres termes, le document proposé par l'établissement de crédit est une formule type. L'emprunteur et la caution ne participent que peu ou pas du tout à la négociation de la convention. Ils ne peuvent rien faire d'autre que d'accepter les conditions du prêt, s'ils veulent qu'il leur soit

mercial experience. As a matter of accommodation for a family member or friend they sign the guarantee. Many guarantors are unsophisticated and vulnerable. Yet the guarantee extended as a favour may result in a financial tragedy for the guarantor. If the submissions of the bank are accepted, it will mean in effect that a guarantor, without the benefit of notice or any further consideration, will be bound indefinitely to further mortgages signed by the mortgagor at varying rates of interest and terms. The guarantor is without any control over the situation. The position adopted by the bank, if it is correct, could in the long run have serious consequences. Guarantors, once they become aware of the extent of their liability, will inevitably drop out of the picture with the result that many simple and straightforward loans will not proceed since they could not be secured by guarantors.

In my view, it is eminently fair that if there is any ambiguity in the terms used in the guarantee, the words of the documents should be construed against the party which drew it, by applying the *contra proferentem* rule. This is a sensible and satisfactory way of approaching the situation since the lending institutions that normally draft these agreements can readily amend their documents to ensure that they are free from ambiguity. The principle is supported by academic writers.

G. H. L. Fridman, in his text *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at pp. 470-71, puts the position in this way:

The *contra proferentem* rule is of great importance, especially where the clause being construed creates an exemption, exclusion or limitation of liability. . . .

Where the contract is ambiguous, the application of the *contra proferentem* rule ensures that the meaning least favourable to the author of the document prevails.

Professor McGuinness, in his work *The Law of Guarantee, supra*, at pp. 612-13, explains the application of the rule as follows:

accordé. Souvent, les cautions sont des membres de la famille qui ont une expérience limitée des affaires. C'est par complaisance pour un membre de la famille ou un ami qu'elles souscrivent le cautionnement. Bien des cautions sont des personnes non averties et vulnérables. Pourtant le cautionnement accordé à titre de faveur peut engendrer une tragédie financière pour la caution. Si les arguments de la banque sont retenus, cela signifiera, en fait, que, sans avoir bénéficié d'un avis ou de quelque autre contrepartie, la caution sera liée indéfiniment par d'autres hypothèques souscrites par le débiteur hypothécaire à des conditions et à des taux d'intérêt variables. La caution n'a aucun contrôle sur la situation. La position adoptée par la banque, à supposer que ce soit la bonne, peut avoir de graves conséquences à long terme. Lorsqu'elles se seront rendu compte de l'ampleur de leur responsabilité, les cautions disparaîtront inévitablement du paysage de sorte que de nombreux prêts tout simples ne seront pas conclus faute de caution.

À mon avis, il est parfaitement juste d'appliquer la règle *contra proferentem* selon laquelle une clause de cautionnement ambiguë doit être interprétée au détriment de la partie qui l'a rédigée. C'est une façon raisonnable et satisfaisante d'aborder la situation étant donné que les établissements de crédit qui rédigent normalement ces conventions peuvent facilement modifier leurs documents de façon à ce qu'ils ne comportent aucune ambiguïté. La doctrine appuie ce principe.

Dans *The Law of Contract in Canada* (3^e éd. 1994), aux pp. 470 et 471, G. H. L. Fridman décrit ainsi la situation:

[TRADUCTION] La règle *contra proferentem* est d'une grande importance, particulièrement lorsque la clause interprétée crée une exonération totale ou partielle de responsabilité . . .

Lorsque le contrat est ambigu, l'application de la règle *contra proferentem* assure que l'interprétation la moins favorable à l'auteur du document sera retenue.

Dans *The Law of Guarantee, op. cit.*, aux pp. 612 et 613, le professeur McGuinness explique ainsi l'application de la règle:

8

9

... the *contra proferentum* rule of construction (under which the provisions of an agreement that were inserted by a party for his own protection are subjected to a strict interpretation) provides one method through which the courts can restrict the scope of extremely broad provisions which purport to eliminate the rights of the surety. The justification for giving such provisions a narrow construction is clear: it is one thing to say that a party may, if he so chooses, agree to assume an excessive burden, and to waive the rights which the law generally recognizes as existing for his protection. It is quite another thing to assume that parties necessarily intend to enter into such obligations. The more natural assumption is the exact opposite. Where the guarantee was drafted by the creditor, and there is any ambiguity or imprecision in the terms of a provision which purports to limit the rights of a surety, it is only fair that the ambiguity be resolved against the party who prepared the document. If the creditor wishes to take away a right belonging to the surety, he should use clear language in the document.

McGuinness further explains the principle and its justification in these words, at p. 244:

Where it is the creditor who drafted the terms of the contract, consistence of principle would call for the guarantee to be construed narrowly and thus in effect against the creditor. It is submitted that the correct rule is that where there is only one reasonable interpretation that the words used in a guarantee can bear, the guarantee should be given that interpretation. In such a case, the *contra proferentum* rule would not come into play. Where, however, the agreement is ambiguous in the sense that there are two or more interpretations that might reasonably be given to its terms, the guarantee should be construed against the party who prepared it or proposed its adoption, whether that be the creditor or the surety.

10

As well, this Court has stated that the surety is a favoured creditor in the eyes of the law whose obligation should be strictly examined and strictly enforced. This appears from the reasons of Davis J. in *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165, at p. 172:

A surety has always been a favoured creditor in the eyes of the law. His obligation is strictly examined and strictly enforced.

He goes on to say:

[TRANSLATION] ... la règle d'interprétation *contra proferentem* (en vertu de laquelle les dispositions d'une convention qui y ont été incluses par une partie pour sa propre protection sont sujettes à une interprétation restrictive) offre aux tribunaux un moyen de restreindre la portée de dispositions extrêmement générales qui ont pour effet d'éliminer les droits de la caution. La justification d'une telle interprétation restrictive de ces dispositions est claire: c'est une chose que de dire qu'une partie peut, si elle le désire, consentir à assumer un fardeau excessif et renoncer aux droits que la common law lui reconnaît généralement pour sa protection. C'est une toute autre chose que de présumer que les parties veulent nécessairement souscrire à de telles obligations. Il est plus naturel de présumer le contraire. Lorsque le cautionnement a été rédigé par le créancier et qu'il y a une ambiguïté ou une imprécision dans une clause qui a pour effet de limiter les droits d'une caution, il n'est que juste que l'ambiguïté soit dissipée au détriment de la partie qui a préparé le document. Si le créancier désire retirer un droit à la caution, il doit le préciser clairement dans le document.

McGuinness explique, en outre, le principe et sa justification en ces termes, à la p. 244:

[TRANSLATION] Lorsque c'est le créancier qui a rédigé les conditions du contrat, il serait logique que le cautionnement soit interprété de façon restrictive et donc au détriment du créancier. On prétend que la règle à appliquer est la suivante: s'il n'y a qu'une façon raisonnable d'interpréter les termes d'un cautionnement, cette interprétation doit être donnée au cautionnement. Dans ce cas, la règle *contra proferentem* ne joue pas. Toutefois, si la convention est ambiguë en ce sens qu'il y a deux interprétations ou plus qui pourraient raisonnablement lui être données, le cautionnement doit être interprété au détriment de la partie qui l'a rédigé ou qui en a proposé l'adoption, que ce soit le créancier ou la caution.

De même, notre Cour a affirmé que la caution est, aux yeux de la common law, un créancier privilégié dont l'obligation devrait être interprétée et exécutée strictement. C'est ce qui ressort des motifs du juge Davis dans *Holland-Canada Mortgage Co. c. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165, à la p. 172:

[TRANSLATION] La caution a toujours été un créancier privilégié aux yeux de la common law. Son obligation est interprétée et exécutée strictement.

Il ajoute:

“It must always be recollected,” said Lord Westbury in *Blest v. Brown* (1862), 4 De G. F. & J. 367, at 376,

in what manner a surety is bound. You bind him to the letter of his engagement. Beyond the proper interpretation of that engagement you have no hold upon him. He receives no benefit and no consideration. He is bound, therefore, merely according to the proper meaning and effect of the written engagement that he entered into. If that written engagement is altered in a single line, no matter whether it be altered for his benefit, no matter whether the alteration be innocently made, he has a right to say, “The contract is no longer that for which I engaged to be surety; you have put an end to the contract that I guaranteed, and my obligation, therefore, is at an end.”

Apart from any express stipulation to the contrary, where the change is in respect of a matter that cannot “plainly be seen without inquiry to be unsubstantial or necessarily beneficial to the surety,” . . . the surety, if he has not consented to remain liable notwithstanding the alteration, will be discharged whether he is in fact prejudiced or not.

Those comments are as true today as they were at the time they were written.

The appellant contends that this principle of interpretation has been abandoned and for that proposition relies upon the reasons of this Court in *Bauer, supra*. I cannot agree with this submission. The issue in that case was whether a particular clause within the guarantee was an exemption clause and thus subject to the special rules of construction applying to those clauses. It was held that the clause in question was not, in fact, an exemption clause. The general question as to whether the scope of surety obligations should be construed strictly was not explicitly addressed by the Court. It is also significant that the Alberta Court of Appeal in *Alberta Opportunity Co. v. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624, found that the clause they were considering was analogous to that in issue in *Bauer*. Nonetheless they determined, correctly in my view, that it should be interpreted in accordance with the general rules of construction. Those rules should, in my view, include the *contra proferentem* rule and thus will be generally applicable to guarantee or surety clauses.

[TRADUCTION] «Il faut toujours se souvenir», a dit lord Westbury, dans *Blest c. Brown* (1862), 4 De G. F. & J. 367, à la p. 376,

de quelle façon la caution est liée. Vous l’obligez à respecter son engagement à la lettre. Au-delà de l’interprétation correcte de cet engagement, vous n’avez aucun pouvoir sur elle. Elle ne touche aucun avantage ni aucune contrepartie. Elle n’est donc liée qu’en vertu de l’interprétation et de l’effet réguliers de l’engagement écrit qu’elle a souscrit. Si la moindre modification est apportée à cet engagement, peu importe que ce soit à son avantage ou que la modification ait été faite innocemment, elle a le droit de dire: «Le contrat n’est plus celui que je me suis engagée à cautionner; vous avez mis fin au contrat dont je me suis portée garante et, par conséquent, mon obligation n’existe plus.»

Sauf stipulation expresse contraire, si la modification porte sur une question qui ne peut pas «de toute évidence et indéniablement être considérée comme non importante ou nécessairement profitable à la caution,» [. . .] la caution, si elle n’a pas consenti à demeurer responsable en dépit de la modification, sera libérée, peu importe que la modification lui soit préjudiciable ou pas.

Ces commentaires sont aussi vrais aujourd’hui qu’ils l’étaient à l’époque où ils ont été rédigés.

L’appelante soutient que ce principe d’interprétation a été abandonné et, à ce propos, elle invoque les motifs de notre Cour dans l’arrêt *Bauer*, précité. Je ne puis souscrire à cet argument. La question en litige dans cet arrêt était de savoir si une certaine clause du cautionnement était une clause d’exonération et si elle était, ainsi, assujettie aux règles spéciales d’interprétation applicables à ces clauses. On a statué que la clause en question n’était pas, en réalité, une clause d’exonération. La Cour n’a pas abordé expressément la question générale de savoir si l’étendue des obligations d’une caution devait être interprétée restrictive-ment. Il est également révélateur que la Cour d’appel de l’Alberta ait conclu, dans *Alberta Opportunity Co. c. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624, que la clause qu’elle examinait était analogue à celle en cause dans *Bauer*. Elle a néanmoins décidé, à juste titre selon moi, qu’elle devait être interprétée selon les règles générales d’interprétation. À mon sens, ces règles doivent comprendre la règle *contra proferentem* et seront ainsi généralement applicables aux clauses de cautionnement.

12 The position set out in *Holland-Canada Mortgage Co.*, *supra*, was confirmed in *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513. At p. 521 of that case, it was said that “accommodation sureties” are those who entered into the guarantee “in the expectation of little or no remuneration and for the purpose of accommodating others or of assisting others in the accomplishment of their plans”. The protection offered to this class of guarantors was explained also at p. 521:

In respect of them, the law has been astute to protect them by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety.

13 These sureties were contrasted with “compensated sureties” whose business consists of guaranteeing performance and payment in return for a premium. With respect to this latter class of sureties it was held at p. 524:

... in the case of the compensated surety it cannot be every variation in the guaranteed contract, however minor, or every failure of a claimant to meet the conditions imposed by the bond, however trivial, which will enable the surety to escape liability.

Although the primary issue in the case was the distinction between accommodation sureties and those who receive compensation, these words nonetheless represent the considered opinion of the Court. In my view, they are correct.

14 I would note in passing that the guarantor in this case comes within the class of accommodation sureties.

15 It follows that if there is a doubt or ambiguity as to the construction or meaning of the clauses binding the guarantor in this case, they must be strictly interpreted and resolved in favour of the guarantor. Further, as a result of the favoured position of guarantors, the clauses binding them must be strictly construed.

16 Finally, when the guarantee clause is interpreted, it must be considered in the context of the entire transaction. This flows logically from the

Le point de vue énoncé dans *Holland-Canada Mortgage Co.*, précité, a été confirmé dans *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513. À la page 521, la Cour affirme que les «cautions de complaisance» sont celles qui ont conclu le contrat de cautionnement «en espérant peu de rétribution, si ce n'est aucune, et dans le but de rendre service à d'autres personnes ou de les aider à réaliser leur projet». La protection accordée à cette catégorie de cautions est également expliquée, à la p. 521:

En ce qui les concerne, la loi s'est avisée de les protéger en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement.

Ces cautions ont été comparées aux «cautions rétribuées» qui garantissent l'exécution et le paiement moyennant une contrepartie. La Cour statue, au sujet de cette dernière catégorie de cautions, à la p. 524:

... dans le cas de caution rétribuée il ne faut pas que toutes les dérogations au contrat de garantie, même mineures, ni toutes les omissions du réclamant de se conformer aux conditions du cautionnement, si minimes soient-elles, permettent à la caution d'échapper à sa responsabilité.

Bien que, dans cette affaire, le litige ait principalement porté sur la distinction entre les cautions de complaisance et les cautions rétribuées, ces propos représentent néanmoins l'opinion réfléchie de la Cour. Ils sont exacts quant à moi.

Je ferais remarquer en passant que la caution, dans la présente affaire, tombe dans la catégorie des cautions de complaisance.

Il s'ensuit que, s'il y a un doute ou une ambiguïté quant à l'interprétation ou au sens des clauses liant la caution en l'espèce, ces clauses doivent être interprétées de façon restrictive et en faveur de la caution. De plus, en raison de la situation privilégiée des cautions, les clauses qui les lient doivent être interprétées de façon restrictive.

Finalement, l'interprétation de la clause de cautionnement doit tenir compte du contexte de toute l'opération. Cela découle logiquement du point de

bank's position that the renewal agreement was an integral part of the original contract of guarantee. This position I believe is correct. It follows that fairness demands that the entire transaction be considered and this must include the terms and arrangements for the renewal agreement.

Application of the Principles of Interpretation to the Guarantee and Renewal Agreement Presented in this Case

It may be helpful to set out once again clauses 34 and 7 of the original guarantee agreement and recall that the renewal agreement called for the signature of the guarantor.

Clause 34: Guarantee and Indemnity

IT IS A CONDITION of the making of the loan secured by the within mortgage that the covenants set forth herein should be entered into by us, the Guarantors, namely John Joseph Conlin and Conlin Engineering & Planning Ltd. and now we the said Guarantors, and each of us, on behalf of ourselves, our respective heirs, executors, administrators and assigns, in consideration of the making of the said loan by the Mortgagee, do hereby jointly and severally covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties, that we and each of us shall and will well and truly pay or cause to be paid to the Mortgagee, the principal sum and all other moneys hereby secured, together with interest upon the same on the days and times and in the manner set forth in this mortgage, and will in all matters pertaining to this mortgage well and truly do, observe, fulfill and keep all and singular the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations contained in this mortgage, and do hereby agree to all the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations by this mortgage made binding upon the Mortgagor; and do further agree that this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon or the giving of a release or partial release or covenant not to sue to any of us; and we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us or any of us and without relieving us from our liability hereunder, which shall be a continuous liability and shall subsist until payment in

vue de la banque selon lequel la convention de renouvellement faisait partie intégrante du contrat de cautionnement initial. Je crois que ce point de vue est exact. Il s'ensuit que la justice exige que l'on examine toute l'opération, y compris les conditions et les arrangements relatifs à la convention de renouvellement.

Application des principes d'interprétation à la convention de cautionnement et de renouvellement en l'espèce

Il peut être utile de reproduire à nouveau les clauses 34 et 7 de la convention de cautionnement initiale et de se rappeler que la convention de renouvellement exigeait la signature de la caution.

Clause 34: Cautionnement et indemnité

[TRADUCTION] EST UNE CONDITION du prêt garanti par la présente hypothèque que nous, les cautions, à savoir John Joseph Conlin et Conlin Engineering & Planning Ltd., souscrivions aux engagements stipulés aux présentes, et que, par conséquent, nous, les dites cautions, en notre propre nom, au nom de nos héritiers, exécuteurs, administrateurs et ayants droit respectifs, en contrepartie dudit prêt consenti par le créancier hypothécaire, convenions, promettons et acceptons solidairement, aux présentes, à titre de débiteurs principaux et non de cautions, ensemble ou individuellement, de payer ou de faire payer bel et bien au créancier hypothécaire le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes, de même que les intérêts sur ces sommes au moment et de la manière stipulés dans la présente hypothèque, et que, relativement à toute question concernant la présente hypothèque, nous observions, remplissions et respections bel et bien tous et chacun des engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque, et que, par les présentes, nous convenions de respecter tous les engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque qui lient le débiteur hypothécaire; et que nous convenions que cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt, ou le fait que l'une ou l'autre de nous obtienne une libération complète ou partielle ou un engagement de ne pas faire l'objet de poursuites; et que nous convenions toutes et chacune que le créancier hypothécaire puisse renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d'autres

full of the principal sum and all other moneys hereby secured.

Clause 7: Renewal or Extension of Time

PROVIDED that no extension of time given by the Mortgagee to the Mortgagor, or anyone claiming under it, or any other dealing by the Mortgagee with the owner of the equity of redemption of said lands, shall in any way affect or prejudice the rights of the Mortgagee against the Mortgagor or any other person liable for the payment of the monies hereby secured, and that this Mortgage may be renewed by an agreement in writing for any term with or without an increased rate of interest, or amended from time to time as to any of its terms including without limitation increasing the interest rate or principal amount notwithstanding that there may be subsequent encumbrances. And it shall not be necessary to register any such agreement in order to retain the priority of this Mortgage so altered over any instrument delivered or registered subsequent to this Mortgage.

18

Counsel for the appellant contended that there was no ambiguity in these clauses and that they made it clear that the respondent's obligations as guarantor continued in spite of the renewal agreement. Counsel for the respondent came to exactly the opposite conclusion. He submitted that on the plain meaning of the clauses, the guarantor was not bound. A somewhat cynical observer might conclude that it should not be unexpected that counsel for the opposing parties would take these positions. However, the same conclusion cannot possibly be reached with regard to the judges who have considered these clauses. The trial judge and the minority in the Court of Appeal came to the same conclusion as the appellant. The majority in the Court of Appeal came to the opposite conclusion. That skilled and experienced judges could come to opposite conclusions with regard to the clauses might well lead one to suspect that the meaning of the clauses is unclear; in a word, they are ambiguous. Of course, if that be the case, the *contra proferentem* rule should be applied. How-

engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis à toutes ou à l'une ou l'autre de nous, et sans que cela nous libère de notre responsabilité continue aux termes des présentes, qui subsistera jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garantis par les présentes.

Clause 7: Renouvellement ou prorogation de délai

POURVU qu'aucune prorogation de délai accordée par le créancier hypothécaire au débiteur hypothécaire, ou à toute personne cherchant à s'en prévaloir, ou qu'aucune autre négociation entre le créancier hypothécaire et le détenteur du droit de rachat desdits terrains n'affecte ou ne compromette de quelque façon que ce soit les droits que le créancier hypothécaire peut exercer contre le débiteur hypothécaire ou toute autre personne responsable du paiement des sommes garanties par les présentes, et que la présente hypothèque puisse être renouvelée par convention écrite pour quelque durée que ce soit, avec ou sans augmentation du taux d'intérêt, ou que l'une ou l'autre de ses conditions puisse être modifiée à l'occasion, notamment, sans limiter la portée de ce qui précède, que le taux d'intérêt ou le capital puisse être augmenté nonobstant toute charge ultérieure. Et il ne sera pas nécessaire d'enregistrer une telle convention pour conserver la priorité de rang de l'hypothèque ainsi modifiée par rapport à tout instrument délivré ou enregistré après la présente hypothèque.

L'avocat de l'appelante a soutenu qu'il n'y avait aucune ambiguïté dans ces clauses et qu'elles prévoyaient clairement que l'intimé continuait d'assumer ses obligations de caution malgré la convention de renouvellement. L'avocat de l'intimé est arrivé exactement à la conclusion contraire. Il a prétendu que, selon le sens ordinaire de ces clauses, la caution n'était pas liée. Un observateur quelque peu cynique pourrait conclure qu'il n'y a rien d'étonnant à ce que les avocats des parties opposées adoptent ces positions. Cependant, il n'est pas possible de tirer la même conclusion en ce qui concerne les juges qui ont examiné ces clauses. Le juge du procès et le juge dissident de la Cour d'appel sont arrivés à la même conclusion que l'appelante. La Cour d'appel à la majorité a conclu le contraire. Le fait que des juges compétents et expérimentés puissent être arrivés à des conclusions opposées en ce qui concerne les clauses en question pourrait bien nous amener à soupçonner que le sens de ces clauses n'est pas clair, somme toute, qu'elles sont ambiguës. Évidem-

ever, for the reasons set out above, my view is that the clauses unambiguously indicate that the respondent was not bound by the renewal agreement. If I am in error and if the *contra proferentem* rule were applied it would strengthen and support my conclusion as to the interpretation of the clauses.

The Effect of the “Principal Debtor Obligation” Set Out in Clause 34

In *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109 (H.C.), at p. 119, it was held that a principal debtor clause converts a guarantor into a full-fledged principal debtor. I agree with this conclusion. If the guarantor is to be treated as a principal debtor and not as a guarantor, then the failure of the bank to notify the respondent of the renewal agreement and the new terms of the contract must release him from his obligations since he is not a party to the renewal. This conclusion does not require recourse to equitable rules regarding material variation of contracts of surety. It is simply apparent from the contract that a principal debtor must have notice of material changes and consent to them. Of course, a guarantor who, by virtue of a principal debtor clause, has a right to notice of material changes, may, by the terms of the contract, waive these rights. However, in the absence of a clear waiver of these rights, such a guarantor must be given notice of the material changes and, if he is to be bound, consent to them.

The appellant contended that the words in clause 34 which provide “the said Guarantors . . . covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties” indicate that the respondent is bound as a principal debtor yet without any of the usual rights and benefits of a principal debtor such as notice with regard to renewal, and the opportunity to negotiate and consent to its terms. To take this position seems to me to be unfair and unreasonable.

ment, si c’est le cas, il y a lieu d’appliquer la règle *contra proferentem*. Toutefois, pour les motifs exposés plus haut, je suis d’avis que les clauses indiquent nettement que l’intimé n’était pas lié par la convention de renouvellement. Si je me trompe, l’application éventuelle de la règle *contra proferentem* renforcerait et appuierait ma conclusion quant à l’interprétation de ses clauses.

L’effet de l’«obligation à titre de débiteur principal» énoncée à la clause 34

Dans *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109 (H.C.), à la p. 119, on a statué qu’une clause de débiteur principal transformait une caution en un débiteur principal à part entière. Je suis d’accord avec cette conclusion. S’il faut traiter la caution comme un débiteur principal et non comme une caution, alors le défaut de la banque d’aviser l’intimé de la convention de renouvellement et des nouvelles conditions du contrat doit le libérer de ses obligations étant donné qu’il n’est pas partie au renouvellement. Cette conclusion n’exige pas que l’on recoure à des règles d’équité concernant la modification importante de contrats de cautionnement. Il ressort simplement du contrat que le débiteur principal doit être avisé des modifications importantes et y consentir. Il va sans dire qu’une caution qui, en vertu d’une clause de débiteur principal, a le droit d’être avisée des modifications importantes peut, aux termes du contrat, renoncer à ces droits. Cependant, en l’absence d’une renonciation claire à ces droits, une telle caution doit être avisée des modifications importantes et y consentir pour être liée par celles-ci.

L’appelante prétend que les mots de la clause 34 [TRADUCTION] «nous, lesdites cautions, [. . .] conven[ons], promett[ons] et accept[ons] [. . .], à titre de débiteurs principaux et non de cautions» indiquent que l’intimé est lié à titre de débiteur principal, sans cependant jouir des droits et avantages d’un débiteur principal, comme le droit d’être avisé d’un renouvellement et la possibilité de négocier et d’accepter les conditions de ce renouvellement. Adopter ce point de vue me semble injuste et déraisonnable.

21

The mortgagor as a principal debtor must be given notice of the renewal agreement. This is evident from the requirement that the mortgagor sign the renewal agreement. The principal debtor clause converts the guarantor into a full-fledged principal debtor with all the duties and obligations which that term implies. If the guarantor is to be responsible to the lending institution as a "full-fledged principal debtor" then he or she is entitled to the same notice of a renewal agreement as the principal debtor mortgagor. That is undoubtedly the reason the standard form of the renewal agreement provides a place for the guarantor to sign. Not just fairness and equity but the designation of the guarantor as a principal debtor leads to the conclusion that the guarantor must have notice of and agree to the renewal before he is bound by its terms. A guarantor reading clause 34 would be led to believe that as a principal debtor he would have the same notice of a renewal agreement as would the principal debtor mortgagor. If a lending institution wishes to have the guarantor obligated as a principal debtor, then the guarantor must be entitled to the same rights as the principal debtor which would include both notice and agreement as a party to a renewal.

22

Even if it were thought that the principal debtor clause does not convert the guarantor into a principal debtor, the equitable or common law rules relieving the surety from liability where the contract has been materially altered by the creditor and the principal debtor without notice to the surety would apply, in the absence of an express agreement to the contrary. The question is whether in this case, either as principal debtor or as surety, the guarantor has expressly contracted out of the normal protections accorded to him. This question must be determined as a matter of interpretation of the clauses of the agreement, through consideration of the transaction as a whole, and the application of the appropriate rules of construction.

Le débiteur hypothécaire doit, à titre de débiteur principal, être avisé de la convention de renouvellement. Cela ressort clairement de l'exigence que le débiteur hypothécaire signe la convention de renouvellement. La clause de débiteur principal transforme la caution en un débiteur principal à part entière qui assume toutes les responsabilités et les obligations que cette expression implique. Si la caution doit être responsable envers l'établissement de crédit à titre de «débiteur principal à part entière», elle a alors le droit d'être avisée de la convention de renouvellement au même titre que le débiteur principal qu'est le débiteur hypothécaire. C'est sans doute la raison pour laquelle la formule type de la convention de renouvellement comporte un espace pour la signature de la caution. Non seulement la justice et l'*equity*, mais aussi la désignation de la caution à titre de débiteur principal mènent à la conclusion que la caution doit être avisée du renouvellement et y consentir pour être liée par ses conditions. Une caution qui lirait la clause 34 serait amenée à croire qu'à titre de débiteur principal elle serait avisée du renouvellement de la convention au même titre que le débiteur principal qu'est le débiteur hypothécaire. Si un établissement de crédit souhaite que la caution soit liée à titre de débiteur principal, alors la caution doit avoir les mêmes droits que le débiteur principal, y compris celui d'être avisée d'un renouvellement et d'y consentir à titre de partie.

Même si l'on pensait que la clause de débiteur principal ne transforme pas la caution en un débiteur principal, les règles d'*equity* et de common law qui libèrent la caution de sa responsabilité, lorsque le créancier et le débiteur principal ont modifié sensiblement le contrat sans l'aviser, s'appliqueraient, en l'absence d'un consentement explicite à ce qu'il en soit autrement. En l'espèce, il s'agit de savoir si, soit à titre de débiteur principal, soit à titre de garant, la caution a expressément renoncé par contrat aux protections qui lui sont normalement accordées. Pour répondre à cette question, il faut interpréter les clauses de la convention en fonction de l'ensemble de l'opération, et appliquer les règles d'interprétation appropriées.

Effect of the Renewal Agreement

In my view, the renewal agreement must be considered an integral part of the transaction. There are two aspects of the renewal agreement itself which lead to the conclusion that the guarantor is not to be bound. First, the renewal agreement is once again a standard form prepared and used by the bank and it calls for the signature of the guarantor. It must be assumed that all these standard form agreements prepared by the bank as a lending institution were meant to mesh with and complement each other. The requirement by the standard form of a signature by the guarantor then supports the respondent's position that he was not, by the terms of the original loan agreement, deprived of the equitable and common law protection ordinarily extended to guarantors. Rather, he was expected to sign the renewal agreement. His signature would confirm his notice of the agreement and his consent to it.

The appellant submitted that the renewal agreement is simply an extension of the original mortgage which was contemplated by the terms of that mortgage. This submission should not be accepted. The original mortgage was for a period of three years, a term not uncommon in today's mortgage market. The renewal agreement provides for an agreement as to the term of a new mortgage and the new rate of interest. The document itself appears to indicate that the renewal agreement constitutes a new mortgage arrangement. This can be gathered from the provision which reads:

All the covenants, conditions, powers and matters in the said mortgage shall apply to and form part of this agreement, except those amended herein. [Emphasis added.]

The standard form indicates that many variations in the original mortgage are to be agreed upon. For example, the mortgagor can select the length of the term of the loan; the rate of interest is to be agreed upon between the mortgagor and the lending institution. If the renewal agreement is no

Effet de la convention de renouvellement

À mon avis, la convention de renouvellement doit être considérée comme une partie intégrante de l'opération. Deux aspects de la convention de renouvellement elle-même mènent à la conclusion que la caution ne doit pas être liée. Premièrement, je le répète, la convention de renouvellement est une formule type préparée et utilisée par la banque, qui requiert la signature de la caution. Il faut présumer que toutes ces conventions types préparées par la banque, à titre d'établissement de crédit, sont destinées à s'agencer et à se compléter mutuellement. Le fait que la formule type requiert la signature de la caution appuie alors la thèse de l'intimé selon laquelle, aux termes de la convention de prêt initiale, il n'a pas été dépouillé de la protection que l'*equity* et la common law accordent généralement aux cautions. Au contraire, on s'attendait à ce qu'il signe la convention de renouvellement. Sa signature confirmerait qu'il avait été avisé de la convention et qu'il y consentait.

L'appelante soutient que la convention de renouvellement est une simple prorogation de l'hypothèque initiale, prévue dans l'hypothèque même. Il n'y a pas lieu de retenir cet argument. L'hypothèque initiale était pour une durée de trois ans, ce qui n'est pas inhabituel dans le marché hypothécaire actuel. La convention de renouvellement comporte une entente sur la durée d'une nouvelle hypothèque et un nouveau taux d'intérêt. Le document même paraît indiquer que la convention de renouvellement constitue une nouvelle convention hypothécaire. Cela peut se déduire de la disposition qui prévoit:

[TRADUCTION] Tous les engagements, conditions, pouvoirs et questions inclus dans ladite hypothèque s'appliquent à la présente convention et en font partie, sauf dans la mesure des modifications apportées aux présentes. [Je souligne.]

La formule type indique que bien des modifications de l'hypothèque initiale doivent faire l'objet d'un consentement. Par exemple, le débiteur hypothécaire peut choisir l'échéance du prêt; le taux d'intérêt doit être fixé par convention entre le débiteur hypothécaire et l'établissement de crédit. Si la

23

24

25

more than the extension of the original mortgage, the mischief that that position creates becomes obvious. What if the renewal provided for an extension of the term to 25 years at a substantially increased rate of interest? What if the situation with regard to the security had changed remarkably as a result of new zoning regulations or a new building code or there had been a marked change of use in the surrounding lands? To say that despite the changed circumstances the guarantor is, beyond the strict terms of the agreement, bound without any notice to an indefinite guarantee of a mortgage containing substantial changes in the term of the loan and the interest rate is worrisome indeed.

convention de renouvellement n'est rien de plus qu'une prorogation de l'hypothèque initiale, le tort causé par cette position devient évident. Que penser d'un renouvellement qui prorogerait la durée de l'hypothèque à 25 ans, à un taux d'intérêt sensiblement supérieur? Que penser d'un changement marqué de la situation de la caution qui résulterait d'un nouveau règlement de zonage ou d'un nouveau code du bâtiment, ou d'une modification sensible de l'utilisation des terrains environnants? Affirmer que, malgré les nouvelles circonstances, la caution est, au-delà des conditions strictes de la convention et en l'absence d'avis, tenue de garantir de façon indéfinie une hypothèque sensiblement modifiée quant à la durée du prêt et quant au taux d'intérêt a de quoi inquiéter.

26 Further, it is significant that the renewal agreement states that the terms of the old mortgage will form part of the agreement. By doing so it indicates that this is a new agreement rather than merely an extension of an old agreement. This serves to strengthen my view that the respondent was no longer bound by the terms of the original guarantee upon the execution without notice to him of the renewal agreement.

Il est en outre significatif que la convention de renouvellement prévoit que les conditions de l'ancienne hypothèque feront partie de la convention. Elle indique ainsi qu'il s'agit d'une nouvelle convention plutôt qu'une simple prorogation de l'ancienne. Cela renforce mon opinion que l'intimé n'est plus lié par les conditions du cautionnement initial depuis que la convention de renouvellement a été signée sans qu'il en soit avisé.

Significance of Clause 7 of the Original Agreement

L'importance de la clause 7 dans la convention initiale

27 The reasons of Finlayson and Carthy J.J.A. forming the majority of this case in the Court of Appeal are in my view correct. Finlayson J.A. wrote ((1994), 20 O.R. (3d) 499, at p. 513):

À mon avis, les motifs que la Cour d'appel à la majorité, composée des juges Finlayson et Carthy, a exposés en l'espèce sont exacts. Le juge Finlayson écrit ((1994), 20 O.R. (3d) 499, à la p. 513):

The reference in cl. 7 to the renewal agreement taking priority over subsequent encumbrancers indicates to me that the mortgagee was not directing its corporate mind to the guarantors when negotiating this document. . . . Certainly, there is no express reference to the renewal agreement in cl. 34. On balance, and keeping in mind that these documents were all drawn and presented by the mortgagee, I conclude that the renewal agreement was a material change to the original mortgage debt not contemplated by the language of the guarantee and has the effect of releasing the guarantors from their obligations as sureties.

[TRADUCTION] Dans la clause 7, la mention que la convention de renouvellement a priorité sur toute charge ultérieure m'indique que la personne morale créancière hypothécaire ne songeait pas aux cautions en négociant le présent document [. . .] Certes, il n'y a aucune mention expresse de la convention de renouvellement dans la clause 34. Tout bien considéré et compte tenu du fait que ces documents ont tous été préparés et présentés par la créancière hypothécaire, je conclus que la convention de renouvellement constituait une modification importante de la dette hypothécaire initiale, qui n'était pas prévue par le libellé du cautionnement et qui a pour effet de libérer les cautions de leurs obligations à ce titre.

Carthy J.A.'s interpretation of the contract supports that of Finlayson J.A. but emphasizes different aspects. First, he stresses that clause 34 makes no reference to renewals. In his view, this is significant because it is a term commonly used with respect to mortgages and it is explicitly used in other clauses such as clause 7. Moreover, he found that clause 34 is perfectly capable of coherently referring to changes in the terms within the period of the original mortgage itself.

It is, I think, noteworthy and telling that clause 7 specifically distinguishes between extensions and renewals both in its heading and its text. This leads me to conclude that these terms do not refer to the same eventuality. Since clause 7 so carefully distinguishes between extensions and renewals, they must be referring to different situations. Both *Black's* legal dictionary and *The Oxford Dictionary* give separate and distinct definitions of the terms extension and renewal. *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) at p. 1165 defines "renewal" as "[t]he act of renewing or reviving. A revival or rehabilitation of an expiring subject; that which is made anew or re-established" while it defines "extension" at p. 523 as "[a]n increase in length of time (e.g. of expiration date of lease, or due date of note). The word 'extension' ordinarily implies the existence of something to be extended". This clearly indicates that an "extension" refers to extending an agreement which already exists, while a renewal refers to the revival of an agreement which has expired. This distinction is confirmed by *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995) at p. 476, which defines "extend" as "lengthen or make larger in space or time" while "renew" is defined at p. 1164 as "revive; regenerate; make new again; restore to the original state". It follows that the failure to refer to a renewal agreement or even to a renewal in clause 34 strongly suggests that it has no application to a renewal. If the lending institutions wished to have clause 34 apply to renewals, it would be a simple matter to use the specific term

L'interprétation donnée au contrat par le juge Carthy appuie celle du juge Finlayson, mais elle met l'accent sur des aspects différents. Premièrement, le juge Carthy souligne que la clause 34 ne mentionne pas les renouvellements. À son avis, cela est révélateur parce que c'est une condition courante en matière d'hypothèque et qu'on y recourt expressément dans d'autres clauses comme la clause 7. De plus, il a conclu que la clause 34 est parfaitement susceptible de renvoyer de façon cohérente à des modifications des conditions pendant la durée de l'hypothèque initiale même.

Il est, je pense, remarquable et révélateur que la clause 7 distingue expressément les prorogations des renouvellements, tant dans sa rubrique que dans son texte même. Cela m'amène à conclure que ces deux termes ne désignent pas la même chose. Étant donné que la clause 7 distingue avec tant de soin les prorogations des renouvellements, ces termes doivent désigner des choses différentes. Tant le dictionnaire juridique *Black's* que *The Oxford Dictionary* donnent des définitions différentes des termes *extension* (prorogation) et *renewal* (renouvellement). *Black's Law Dictionary* (5^e éd. 1979), à la p. 1165, définit le terme «*renewal*» («renouvellement») comme [TRADUCTION] «[l]'action de renouveler ou de remettre en vigueur; la remise en état d'une chose qui vient à expiration; chose faite à nouveau ou rétablie», alors qu'il définit le terme «*extension*» («prorogation»), à la p. 523, comme étant [TRADUCTION] «[u]n accroissement de la durée (par exemple, de l'échéance d'un bail ou d'un billet). Le mot «*extension*» («prorogation») implique ordinairement l'existence d'une chose qui doit être prorogée». Cela indique clairement qu'une «prorogation» désigne la prolongation d'une convention qui existe déjà, alors que le renouvellement désigne la remise en vigueur d'une convention expirée. *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9^e éd. 1995), à la p. 476, confirme cette distinction en définissant «*extend*» par [TRADUCTION] «allonger ou accroître dans l'espace ou dans le temps» alors que «*renew*» est défini à la p. 1164 comme [TRADUCTION] «remettre en vigueur; régénérer; rénover; rétablir dans l'état original». Il s'ensuit que l'absence de mention d'une convention de renouvelle-

28

29

which is well known in the commercial world of mortgages.

ment ou même d'un renouvellement dans la clause 34 donne fortement à penser qu'elle ne s'applique pas à un renouvellement. Si les établissements de crédit souhaitaient que la clause 34 s'applique aux renouvellements, il leur suffirait d'utiliser ce terme spécifique bien connu dans le milieu des prêts hypothécaires.

30 Finally, the renewal agreement refers to incorporating the mortgage terms into the agreement. Clause 3 of the renewal agreement provides that:

All the covenants, conditions, powers and matters in the said mortgage shall apply to and form part of this agreement, except those amended herein. [Emphasis added.]

Finalement, la convention de renouvellement mentionne l'incorporation des conditions de l'hypothèque dans la convention. La clause 3 de la convention de renouvellement prévoit:

[TRADUCTION] Tous les engagements, conditions, pouvoirs et questions inclus dans ladite hypothèque s'appliquent à la présente convention et en font partie, sauf dans la mesure des modifications apportées aux présentes. [Je souligne.]

This, too, suggests that the renewal agreement is a new agreement and not an extension, since the original mortgage terms are only incorporated to the extent that they are not altered by the renewal. Although clause 34 contemplates a change in the interest rate, an extension would not ordinarily involve an alteration of the original terms, but rather a continuation of the same terms over a longer time period.

Cela aussi donne à penser que la convention de renouvellement est une nouvelle convention et non une prorogation, étant donné que les conditions de l'hypothèque initiale sont incorporées seulement dans la mesure où elles ne sont pas modifiées par le renouvellement. Bien que la clause 34 envisage une modification du taux d'intérêt, une prorogation comporte normalement non pas une modification des conditions initiales, mais plutôt le maintien des mêmes conditions pour une période plus longue.

31 The appellant sought comfort from *Co-operative Trust Co. of Canada v. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90 (Sask. Q.B.). In that case, Armstrong J. noted that in some cases, a mortgage extension or renewal agreement could have exactly the same effect as a new mortgage. However, he concluded, correctly I believe, that on the facts of that case, there was no evidence to support the contention that the mortgage extension agreement was in fact a new mortgage. In my view, such a determination will involve a review of the particular guarantee clause and the whole transaction between the parties. The appellant also referred to the decisions in *Royal Trust Corp. of Canada v. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287 (P.E.I. C.A.), and *Veteran Appliance Service Co. v. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117 (Q.B.). In both those decisions, the terms renewal and extension agreement were used interchangeably. Yet I think that it becomes clear in reading both these decisions that this was not a

L'appelante a invoqué la décision *Co-operative Trust Co. of Canada c. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90 (B.R. Sask.). Dans cette décision, le juge Armstrong a fait remarquer que, dans certains cas, une prorogation d'hypothèque ou une convention de renouvellement peuvent avoir exactement le même effet qu'une nouvelle hypothèque. Il a toutefois conclu, à juste titre selon moi, que, d'après les faits de cette affaire, il n'y avait aucune preuve à l'appui de l'argument selon lequel la convention de prorogation de l'hypothèque était, en fait, une nouvelle hypothèque. À mon avis, pour décider cela, il faut examiner la clause de cautionnement en question et l'ensemble de l'opération conclue par les parties. L'appelante a aussi mentionné les décisions *Royal Trust Corp. of Canada. c. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287 (C.A. Î.-P.-É.), et *Veteran Appliance Service Co. c. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117 (B.R.). Dans ces deux affaires, les expressions «convention de renouvellement» et

central or major issue in the case. To repeat, it will be a question of fact to be determined on the particular transaction, agreement and circumstances presented in each case whether a renewal agreement is a new contract or simply an extension of the existing agreement.

It follows I find that the words used in clauses 34 and 7 are sufficiently clear to conclude that the guarantor did not waive his equitable and common law rights either as a principal debtor or as a guarantor. The renewal agreement which was entered into without notice to, or the agreement of, the guarantor materially altered the provisions of the original loan agreement. The guarantor was thereby relieved of his obligation.

If the wording of the two clauses should be found to be ambiguous, the *contra proferentem* rule must be applied against the bank. The wording of clause 34 binding the guarantor to variations in the event of an extension of the mortgage should not be applied to bind the guarantor to a renewal without notice since there is ambiguity as to whether clause 34 applies to renewals at all. In these circumstances as well, the guarantor should be relieved of liability.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I substantially agree with my colleague Justice Iacobucci's reasons and the result he reaches. I have only one comment which relates to the judicial interpretation methodology relied upon by my colleague.

«convention de prorogation» ont été utilisées indifféremment. Je pense cependant qu'il devient évident, à la lecture de ces deux décisions, que ce n'était pas alors une question majeure ou importante. Je le répète, la question de savoir si une convention de renouvellement est un nouveau contrat ou une simple prorogation de la convention existante est une question de fait qui doit être tranchée en fonction de l'opération, de la convention et des circonstances en cause dans chaque affaire.

Je conclus donc que les mots utilisés dans les clauses 34 et 7 sont suffisamment clairs pour conclure que la caution n'a pas renoncé aux droits que l'*equity* et la common law lui confèrent à titre de débiteur principal ou de caution. La convention de renouvellement qui a été conclue sans qu'avis ne soit donné à la caution, ou sans le consentement de cette dernière, a modifié sensiblement les dispositions de la convention de prêt initiale. La caution a ainsi été libérée de son obligation.

Si l'on conclut que le texte des deux clauses est ambigu, il faut appliquer la règle *contra proferentem* au détriment de la banque. Le texte de la clause 34 liant la caution aux modifications qui peuvent être apportées en cas de prorogation de l'hypothèque ne devrait pas être interprété de manière à lier la caution à un renouvellement effectué sans donner avis, étant donné qu'il y a ambiguïté quant à savoir si la clause 34 s'applique de quelque façon que ce soit aux renouvellements. Dans ces circonstances aussi, la caution devrait être libérée de sa responsabilité.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Je suis substantiellement d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Iacobucci et le résultat auquel il arrive. Mon seul commentaire portera sur la méthode d'interprétation judiciaire utilisée par mon collègue.

32

33

34

35

36

The “modern contextual approach” is, in my view, the standard, normative approach to judicial interpretation, and one may exceptionally resort to the old “plain meaning” rule in appropriate circumstances. One example of the latter is statutory interpretation in the area of taxation, where the words and expressions used in legislative provisions quite often have a well-defined “plain meaning” within the business community.

37

In the case at bar, our Court is called upon to determine the appropriate definition of the phrase “the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment”, in the context and factual situation of the instant case.

38

My colleague decides the issue by going through a contractual interpretation exercise as follows. Firstly, the impugned contractual provisions are reviewed in the context of the whole contract. Secondly, the issue of the *contra proferentem* rule is addressed. Thirdly, the issue of the difference between “accommodating” and “compensated” sureties is examined. Fourthly, an authoritative academic text is relied upon: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996).

39

Thus, after reviewing the provisions in their immediate context, the contract as a whole, the consequences of proposed interpretations, the applicable presumptions and rules of interpretation, and admissible external aids, my colleague comes to a contextual interpretation of the impugned phrase. I fully agree with both the process used and the conclusions he arrived at. However, with respect, that process is not an application of the “plain meaning” approach: in fact, the “modern contextual approach” to judicial interpretation is the one that is actually used in the instant case.

40

I agree with my colleague that “[t]he rules respecting the interpretation of guarantees are essentially the same as the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally”. But the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally are essentially the

La «méthode contextuelle moderne» est, à mon avis, la méthode normative standard d’interprétation judiciaire même s’il y a lieu, exceptionnellement, de recourir à l’ancienne règle du «sens ordinaire» lorsque les circonstances s’y prêtent. Par exemple, il y a l’interprétation des lois en matière fiscale, dans lesquelles on utilise des mots et expressions qui ont bien souvent un «sens ordinaire» bien défini dans le monde des affaires.

En l’espèce, notre Cour est appelée à définir l’expression [TRADUCTION] «l’attribution d’un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement», selon le contexte et les faits de la présente affaire.

Mon collègue tranche la question en adoptant la démarche suivante en matière d’interprétation des contrats. Premièrement, les dispositions contractuelles attaquées sont examinées dans le contexte du contrat dans son ensemble. Deuxièmement, la question de la règle *contra proferentem* est abordée. Troisièmement, la question de la différence entre la caution «de complaisance» et la caution «rétribuée» est analysée. Quatrièmement, un texte de doctrine faisant autorité est invoqué: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2^e éd. 1996).

Ainsi, après avoir examiné les dispositions dans leur contexte immédiat, le contrat dans son ensemble, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles d’interprétation applicables, ainsi que les sources acceptables d’aide extérieure, mon collègue arrive à une interprétation contextuelle de l’expression contestée. Je suis entièrement d’accord avec la démarche adoptée et les conclusions auxquelles il est arrivé. En toute déférence, cependant, cette démarche ne constitue pas une application de la méthode du «sens ordinaire»: en fait, c’est la «méthode contextuelle moderne» d’interprétation judiciaire qui est utilisée en l’espèce.

Je conviens avec mon collègue que «[l]es règles applicables à l’interprétation des cautionnements sont essentiellement les mêmes que celles qui régissent l’interprétation des actes et des contrats en général». Mais les règles qui régissent l’interprétation des actes et des contrats en général sont

same as the rules for statutory interpretation. As Lord Blackburn stated in *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.), at pp. 763-65:

... I shall therefore state, as precisely as I can, what I understand from the decided cases to be the principles on which the Courts of Law act in construing instruments in writing; and a statute is an instrument in writing. In all cases the object is to see what is the intention expressed by the words used. . . .

In construing written instruments I think the same principle applies. In the cases of wills the testator is speaking of and concerning all his affairs; . . .

In the case of a contract, the two parties are speaking of certain things only. . . . [In both cases] the Court . . . declares what the intention, indicated by the words used under such circumstances, really is.

And this, as applied to the construction of statutes, is no new doctrine. . . . My Lords, mutatis mutandis, I think this is applicable to the construction of statutes as much as of wills. And I think it is correct. [Emphasis added.]

Therefore, the “modern contextual approach” for statutory interpretation, with appropriate adaptations, is equally applicable to contractual interpretation. Statutory interpretation and contractual interpretation are but two species of the general category of judicial interpretation. In the instant case, the methodological reference provided by R. Sullivan in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131, applies equally to contractual interpretation:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of [that which is to be judicially interpreted] in its total context, having regard to [its] purpose . . . , the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of [. . .] meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the [. . .] text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the [. . .] purpose; and (c) its acceptability,

essentiellement les mêmes que les règles d'interprétation des lois. Comme lord Blackburn l'affirme dans *River Wear Commissioners c. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.), aux pp. 763 à 765:

[TRADUCTION] . . . j'exposerai donc de façon aussi précise que possible quels sont, d'après moi, les principes établis dans la jurisprudence, sur lesquels les cours de justice se fondent pour interpréter un instrument. Dans tous les cas il s'agit de découvrir quelle est l'intention exprimée par les mots employés. . . .

Je pense que le même principe s'applique à l'interprétation des instruments. Dans le cas d'un testament, le testateur parle de toutes ses affaires; . . .

Dans le cas d'un contrat, les deux parties parlent de certaines choses seulement, [. . .] [Dans les deux cas] la cour [. . .] énonce quelle est réellement l'intention indiquée par les mots employés dans ces circonstances.

Et cela n'est pas un principe nouveau en matière d'interprétation des lois. [. . .] Vos Seigneuries, je pense que cela s'applique mutatis mutandis à l'interprétation des lois autant qu'à celle des testaments. Et je pense qu'il est bien qu'il en soit ainsi. [Je souligne.]

Par conséquent, la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation des lois s'applique également, avec les adaptations nécessaires, à l'interprétation des contrats. L'interprétation des lois et l'interprétation des contrats ne sont que deux subdivisions de la grande catégorie de l'interprétation judiciaire. En l'espèce, la méthodologie exposée par R. Sullivan dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 131, s'applique également à l'interprétation des contrats:

[TRADUCTION] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus de déterminer le sens de [ce qui doit être interprété judiciairement] dans son contexte global, en tenant compte de [son] objet [. . .], des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte [. . .]. Cela fait, ils doivent ensuite adopter l'interprétation qui est appropriée. L'interprétation appropriée est celle qui peut être justifiée en raison a) de sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité avec le texte [. . .], b) de son efficacité, dans le sens où elle favorise la réalisa-

that is, the outcome is reasonable and just. [Emphasis added.]

tion de l'objet du texte [. . .], et c) de son acceptabilité, dans le sens où le résultat est raisonnable et juste. [Je souligne.]

42 This methodology was indeed the one followed by my colleague. In the case at bar, however, the resulting interpretation did not really come from the "plain meaning" of the words, but from their "meaning in law", because they are "legal terms of art". As Lord Diplock explained in *Sydall v. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302, at pp. 313-14:

En réalité, c'est cette méthode que mon collègue a suivie. En l'espèce, cependant, l'interprétation qui en a résulté ne découlait pas vraiment du «sens ordinaire» des mots, mais plutôt de leur «sens en droit» parce que ce sont des «termes techniques propres au domaine juridique». Comme lord Diplock l'a expliqué dans *Sydall c. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302, aux pp. 313 et 314:

Documents which are intended to give rise to legally enforceable rights and duties contemplate enforcement by due process of law which involves their being interpreted by courts composed of judges, each one of whom has his personal idiosyncrasies of sentiment and upbringing, not to speak of age. Such documents would fail in their object if the rights and duties which could be enforced depended on the personal idiosyncrasies of the individual judge or judges upon whom the task of construing them chanced to fall. It is to avoid this that lawyers, whose profession it is to draft and to construe such documents, have been compelled to evolve an English language, of which the constituent words and phrases are more precise in their meaning than they are in the language of Shakespeare or of any of the passengers on the Clapham omnibus this morning. These words and phrases to which a more precise meaning is so ascribed are called by lawyers "terms of art" but are in popular parlance known as "legal jargon". [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Les documents qui visent à donner naissance à des droits et à des obligations exécutoires sur le plan juridique envisagent leur mise à exécution par application régulière de la loi, ce qui comprend leur interprétation par des tribunaux composés de juges dont chacun a son propre tempérament issu de ses sentiments, de son éducation, et évidemment de son âge. Ces documents n'atteindraient pas leur objectif si les droits et obligations qui pourraient être mis à exécution dépendaient du tempérament personnel du ou des juges qui seraient appelés à les interpréter. C'est pour éviter cela que les avocats, dont c'est la profession de rédiger et d'interpréter ces documents, ont dû mettre au point une langue anglaise composée de mots et d'expressions ayant un sens plus précis que ceux utilisés par Shakespeare ou par n'importe quel usager du transport en commun de Clapham, ce matin. Ces mots et expressions auxquels est ainsi attribué un sens plus précis sont qualifiés de «termes techniques» par les avocats, mais dans le langage populaire, ils sont connus sous le nom de «jargon juridique». [Je souligne.]

43 After having specified the nature of "legal terms of art", Lord Diplock stated the basic rule of judicial interpretation, as well as the methodology, that are applicable in that context (at p. 314):

Après avoir précisé la nature des «termes techniques propres au domaine juridique», lord Diplock a formulé la règle fondamentale d'interprétation judiciaire et la méthode applicables dans ce contexte (à la p. 314):

The words and phrases . . . which are "terms of art" must therefore be given the meaning which attaches to them as terms of art; . . .

[TRADUCTION] Les mots et expressions [. . .] qui sont des «termes techniques» doivent donc recevoir le sens qui leur est propre en tant que termes techniques; . . .

The lexicon of terms of art is to be found in the decided cases and in the textbooks consulted by legal practitioners.

Le lexique des termes techniques se trouve dans la jurisprudence et les ouvrages consultés par les praticiens du droit.

44 It is quite obvious that where courts expound judicial interpretations of "legal terms of art" using such external aids as legal textbooks, the resulting

Il est tout à fait évident que, lorsque les tribunaux interprètent un «terme technique propre au domaine juridique» en recourant à des sources

outcome cannot appropriately be labelled a “plain meaning” definition.

Where an instrument uses a legal term of art, there is a presumption that the term of art is used in its correct legal sense: *Inland Revenue Commissioners v. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197 (Ch.; Megarry J.).

This is the presumption that is resorted to by my colleague Iacobucci J. when he makes use of admissible external aids — i.e.: McGuinness, *supra*, — in determining the correct meaning of the phrase “to give time”. As McGuinness reviews extensive case-law authority that establishes the generally accepted “meaning in law” of these “legal terms of art”, it is an admissible external aid to judicial interpretation: see *Driedger, supra*, at pp. 428, 468 and 474; see also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 449-53 and 457-58.

Subject to the above considerations, I concur with my colleague’s disposition of the appeal.

The reasons of Gonthier and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — This appeal raises questions regarding the proper method for interpreting guarantees. Specifically, we are asked to determine whether the wording of the contract in issue was clear enough to waive the guarantors’ equitable right to be released when the principal loan was renewed.

I. Background

On February 20, 1987, the appellant Manulife Bank of Canada (at the time known as The Regional Trust Company) made a loan of \$275,000 to Dina Conlin. The loan was for a term of three years and bore interest at the rate of 11.5 percent

d’aide extérieure comme des ouvrages juridiques, on ne peut, à juste titre, dire que la définition ainsi obtenue repose sur le «sens ordinaire» du terme en cause.

Lorsqu’un instrument emploie un terme technique propre au domaine juridique, ce terme technique est présumé être employé dans son sens juridique exact: *Inland Revenue Commissioners c. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197 (Ch., le juge Megarry).

C’est la présomption à laquelle recourt mon collègue le juge Iacobucci lorsqu’il utilise une source acceptable d’aide extérieure, soit l’ouvrage de McGuinness, *op. cit.*, pour déterminer le sens exact de l’expression [TRADUCTION] «accorder un délai». Comme McGuinness passe en revue une jurisprudence abondante qui établit le «sens en droit» généralement accepté de ces «termes techniques propres au domaine juridique», il s’agit d’une source d’aide extérieure acceptable en matière d’interprétation judiciaire: voir *Driedger, op. cit.*, aux pp. 428, 468 et 474; voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 516 à 520, de même qu’à la p. 526.

Sous réserve de ces considérations, je souscris à la façon dont mon collègue tranche le pourvoi.

Version française des motifs des juges Gonthier et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — Le présent pourvoi soulève des questions concernant la bonne façon d’interpréter les contrats de cautionnement. Plus précisément, on nous demande de déterminer si le libellé du contrat en cause était suffisamment clair pour constituer une renonciation du droit en *equity* des cautions d’être libérées de leur obligation lorsque le prêt principal a été renouvelé.

I. Le contexte

Le 20 février 1987, l’appelante, la Banque Manuvie du Canada (à l’époque connue sous le nom de «La Compagnie de Fiducie Régionale») a accordé un prêt de 275 000 \$ à Dina Conlin. Le prêt était consenti pour une période de trois ans et

45

46

47

48

49

per annum. Dina Conlin provided security for the loan in the form of a first mortgage against lands located in Welland, Ontario.

il portait intérêt au taux de 11,5 pour 100 par année. Dina Conlin a offert en garantie de remboursement une première hypothèque sur des terrains situés à Welland (Ontario).

50 The terms of the loan required the signature of two guarantors: the respondent John Joseph Conlin, who was the mortgagor's husband; and Conlin Engineering and Planning Limited, an Ontario corporation. In clause 34 of the mortgage agreement, the two promised, "as principal debtors and not as sureties", to pay the money secured by the mortgage. They further agreed to all of the particular conditions and stipulations of the mortgage which were binding upon the mortgagor.

Les conditions du prêt exigeaient la signature de deux cautions: l'intimé John Joseph Conlin, qui était l'époux de la débitrice hypothécaire, et Conlin Engineering and Planning Limited, une société ontarienne. À la clause 34 de la convention hypothécaire, les deux se sont engagés, [TRADUCTION] «à titre de débiteurs principaux et non de cautions», à rembourser la somme garantie par l'hypothèque. Ils ont aussi accepté toutes les autres conditions et stipulations de l'hypothèque qui liaient la débitrice hypothécaire.

51 The guarantee was to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". The liability of the guarantors was stated to be continuous, subsisting "until payment in full of the principal sum and all other moneys hereby secured".

Le cautionnement devait demeurer valide [TRADUCTION] «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». La responsabilité des cautions était qualifiée de continue et elle devait subsister [TRADUCTION] «jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garantis par les présentes».

52 In 1989, the respondent and Dina Conlin separated.

En 1989, l'intimé et Dina Conlin se sont séparés.

53 In 1990, shortly before the mortgage was to mature, Dina Conlin and the appellant executed an agreement which renewed the mortgage for a further three-year term at a yearly interest rate of 13 percent. The renewal forms provided spaces for the signature of the "registered owner" and the "guarantor", but the agreement was signed only by Dina Conlin. The respondent had no notice or knowledge of the renewal.

En 1990, peu avant que l'hypothèque vienne à échéance, Dina Conlin et l'appelante ont signé une convention de renouvellement de l'hypothèque pour une autre période de trois ans, à un taux d'intérêt de 13 pour 100 par année. Les formules de renouvellement comportaient un espace pour la signature du [TRADUCTION] «propriétaire enregistré» et de la «caution», mais la convention n'a été signée que par Dina Conlin. L'intimé n'a reçu aucun avis et n'a pas eu connaissance du renouvellement.

54 In March of 1992, Dina Conlin defaulted on the mortgage.

En mars 1992, il y a eu défaut de paiement de l'hypothèque de la part de Dina Conlin.

55 After fruitless efforts to sell the Welland lands, the bank initiated proceedings for summary judgment against Dina Conlin and the guarantors. The bank claimed the principal owing under the mort-

Après avoir vainement tenté de vendre les terrains de Welland, la banque a engagé des procédures pour obtenir un jugement sommaire contre Dina Conlin et les cautions. La banque réclamait le

gage with interest at the rate of 13 percent per annum. Judgment was obtained on the motion. However, a majority of the Court of Appeal set aside the judgment and dismissed the action against the respondent: (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143.

II. Relevant Contractual Provisions

(7) RENEWAL OR EXTENSION OF TIME

PROVIDED that no extension of time given by the Mortgagee to the Mortgagor, or anyone claiming under it, or any other dealing by the Mortgagee with the owner of the equity of redemption of said lands, shall in any way affect or prejudice the rights of the Mortgagee against the Mortgagor or any other person liable for the payment of the monies hereby secured, and that this Mortgage may be renewed by an agreement in writing for any term with or without an increased rate of interest, or amended from time to time as to any of its terms including without limitation increasing the interest rate or principal amount notwithstanding that there may be subsequent encumbrances. And it shall not be necessary to register any such agreement in order to retain the priority of this Mortgage so altered over any instrument delivered or registered subsequent to this Mortgage.

(34) GUARANTEE AND INDEMNITY

IT IS A CONDITION of the making of the loan secured by the within mortgage that the covenants set forth herein should be entered into by us, the Guarantors, namely John Joseph Conlin and Conlin Engineering & Planning Ltd. and now we the said Guarantors, and each of us, on behalf of ourselves, our respective heirs, executors, administrators and assigns, in consideration of the making of the said loan by the Mortgagee, do hereby jointly and severally covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties, that we and each of us shall and will well and truly pay or cause to be paid to the Mortgagee, the principal sum and all other moneys hereby secured, together with interest upon the same on the days and times and in the manner set forth in this mortgage, and will in all matters pertain-

capital dû en vertu de l'hypothèque, avec intérêts au taux de 13 pour 100 par année. La banque a obtenu gain de cause relativement à cette requête. Cependant, la Cour d'appel à la majorité a infirmé ce jugement et rejeté l'action intentée contre l'intimé: (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143.

II. Dispositions contractuelles pertinentes

[TRADUCTION]

(7) RENOUVELLEMENT OU PROROGATION DE DÉLAI

POURVU qu'aucune prorogation de délai accordée par le créancier hypothécaire au débiteur hypothécaire, ou à toute personne cherchant à s'en prévaloir, ou qu'aucune autre négociation entre le créancier hypothécaire et le détenteur du droit de rachat desdits terrains n'affecte ou ne compromette de quelque façon que ce soit les droits que le créancier hypothécaire peut exercer contre le débiteur hypothécaire ou toute autre personne responsable du paiement des sommes garanties par les présentes, et que la présente hypothèque puisse être renouvelée par convention écrite pour quelque durée que ce soit, avec ou sans augmentation du taux d'intérêt, ou que l'une ou l'autre de ses conditions puisse être modifiée à l'occasion, notamment, sans limiter la portée de ce qui précède, que le taux d'intérêt ou le capital puisse être augmenté nonobstant toute charge ultérieure. Et il ne sera pas nécessaire d'enregistrer une telle convention pour conserver la priorité de rang de l'hypothèque ainsi modifiée par rapport à tout instrument déposé ou enregistré après la présente hypothèque.

(34) CAUTIONNEMENT ET INDEMNITÉ

EST UNE CONDITION du prêt garanti par la présente hypothèque que nous, les cautions, à savoir John Joseph Conlin et Conlin Engineering & Planning Ltd., souscrivions aux engagements stipulés aux présentes, et que, par conséquent, nous, lesdites cautions, en notre propre nom, au nom de nos héritiers, exécuteurs, administrateurs et ayants droit respectifs, en contrepartie dudit prêt consenti par le créancier hypothécaire, convenions, promettons et acceptons solidairement, aux présentes, à titre de débiteurs principaux et non de cautions, ensemble ou individuellement, de payer ou de faire payer bel et bien au créancier hypothécaire le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes, de même que les intérêts sur ces sommes au moment et de la manière stipulés dans la présente hypothèque, et que,

ing to this mortgage well and truly do, observe, fulfill and keep all and singular the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations contained in this mortgage, and do hereby agree to all the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations by this mortgage made binding upon the Mortgagor; and do further agree that this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon or the giving of a release or partial release or covenant not to sue to any of us; and we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us or any of us and without relieving us from our liability hereunder, which shall be a continuous liability and shall subsist until payment in full of the principal sum and all other moneys hereby secured.

III. Judgments Appealed From

A. *Ontario Court (General Division)*

57 In a very succinct judgment, Killeen J. granted the bank's motion for summary judgment against both Dina Conlin and the respondent. He found that, according to the "clear and unequivocal language" of clauses 7 and 34, the respondent was liable under his guarantee despite the renewal of the mortgage and despite the increase in the rate of interest: "In my view, there is no escape for the guarantor".

B. *Ontario Court of Appeal* (1994), 20 O.R. (3d) 499

(a) *Finlayson J.A.*

58 *Finlayson J.A.* first considered the following language in clause 34: "the said guarantors . . . covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties . . ." (emphasis added). He found an apparent inconsistency between this last phrase and the fact that, on the face of the contract, the respondent appeared to be signing as a surety and not as a principal debtor. Having briefly discussed the difference between contracts of

relativement à toute question concernant la présente hypothèque, nous observions, remplissions et respections bel et bien tous et chacun des engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque, et que, par les présentes, nous convenions de respecter tous les engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque qui lie le débiteur hypothécaire; et que nous convenions que cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt, ou le fait que l'une ou l'autre de nous obtienne une libération complète ou partielle ou un engagement de ne pas faire l'objet de poursuites; et que nous convenions toutes et chacune que le créancier hypothécaire puisse renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d'autres engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis à toutes ou à l'une ou l'autre de nous, et sans que cela nous libère de notre responsabilité continue aux termes des présentes, qui subsistera jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garantis par les présentes.

III. Juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Dans un jugement très succinct, le juge Killeen a fait droit à la requête de la banque visant à obtenir un jugement sommaire contre Dina Conlin et l'intimé. Il a conclu que, selon le [TRADUCTION] «texte clair et net» des clauses 7 et 34, l'intimé était responsable en vertu de son cautionnement malgré le renouvellement de l'hypothèque et l'augmentation du taux d'intérêt: [TRADUCTION] «À mon avis, la caution n'a aucune échappatoire»

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1994), 20 O.R. (3d) 499

a) Le juge Finlayson

Le juge *Finlayson* a d'abord examiné le passage suivant de la clause 34: «nous, lesdites cautions [. . .] conven[ons], promett[ons] et accept[ons] [. . .] à titre de débiteurs principaux et non de cautions» (je souligne). Il a conclu que ce passage semblait incompatible avec le fait qu'à la lecture du contrat l'intimé paraissait signer à titre de caution et non de débiteur principal. Après avoir brièvement analysé la différence entre les contrats

indemnity and contracts of guarantee, Finlayson J.A. concluded that it was unnecessary to resolve the exact nature of the guarantor's status, stating: "the reference to the guarantor as principal debtor can be disregarded for the purposes of this appeal" (p. 511).

Finlayson J.A. then turned to the main issue of whether the renewal agreement extinguished the respondent's liability under his guarantee. He noted that, in equity, either an increase of the interest rate or an extension of the mortgage's term constitutes a material change of the original contract which will extinguish a guarantor's liability.

Therefore, it was necessary to determine whether clause 34 constituted a waiver, on the part of the sureties, of these equitable rights. After reviewing several cases where the language of a particular guarantee was held to embrace a renewal agreement, Finlayson J.A. stated that "each of these cases must be confined to its own wording" (pp. 511-12). Furthermore, the language of the Manulife guarantee clause did not, in the opinion of Finlayson J.A., clearly contemplate the renewal agreement. Accordingly, the material change to the loan, effected through the renewal agreement, released the guarantors from their respective obligations.

(b) Carthy J.A. (concurring with Finlayson J.A. in the result)

Carthy J.A. began by stating that the law has always treated sureties as "favoured" creditors. While a surety can contract out of his legal rights, the language used to do so must be clear.

Applying a "strict" interpretation to the loan agreement, Carthy J.A. concluded that the guarantee agreement was not "explicit enough to embrace a renewal" (p. 515). Furthermore, he found that the wording of clause 7 did not stipulate clearly that the loan could be renewed by an agreement which

d'indemnité et les contrats de cautionnement, le juge Finlayson a conclu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer le statut exact de la caution, affirmant qu'[TRADUCTION] «aux fins du présent appel, il est possible de ne pas tenir compte de la mention de la caution en tant que débiteur principal» (p. 511).

Le juge Finlayson a ensuite examiné la question principale de savoir si la convention de renouvellement avait mis fin à la responsabilité qui incombait à l'intimé en vertu du cautionnement qu'il avait consenti. Il a fait remarquer qu'en *equity* une augmentation du taux d'intérêt ou une prorogation de l'hypothèque constituent une modification importante du contrat initial, qui met fin à la responsabilité d'une caution.

Il était donc nécessaire de déterminer si la clause 34 constituait une renonciation, de la part des cautions, à ces droits en *equity*. Après avoir examiné plusieurs affaires où on a jugé que le texte d'un cautionnement englobait une convention de renouvellement, le juge Finlayson a affirmé que [TRADUCTION] «chacune de ces affaires doit se limiter à son propre libellé» (pp. 511 et 512). En outre, le texte de la clause de cautionnement de Manuvie ne prévoyait pas clairement, selon le juge Finlayson, la convention de renouvellement. Par conséquent, la modification importante apportée au contrat de prêt au moyen de la convention de renouvellement libérait les cautions de leurs obligations respectives.

b) Le juge Carthy (souscrivant à l'opinion du juge Finlayson quant au résultat)

Le juge Carthy a commencé par affirmer que le droit a toujours considéré les cautions comme des créanciers «privilegiés». Une caution peut renoncer par contrat aux droits que lui confère la loi, mais cela doit être fait en termes clairs.

Interprétant «restrictivement» la convention de prêt, le juge Carthy a conclu que la convention de cautionnement n'était pas [TRADUCTION] «suffisamment explicite pour comprendre un renouvellement» (p. 515). Il a, en outre, conclu que le texte de la clause 7 ne stipulait pas clairement que le

59

60

61

62

was not signed by the guarantors. The guarantors had not waived their equitable rights and, accordingly, the renewal agreement extinguished their liability.

(c) Robins J.A. (dissenting)

63 Robins J.A. first reviewed the rule in *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.) which states that any material variation of the principal contract without the surety's consent will discharge the surety. He went on to note that a guarantor can contract out of this equitable protection.

64 Robins J.A. then looked at the terms of clause 34 which stated that the guarantee would remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". He concluded that these words clearly contemplated both the extension of the mortgage's term and the increase in the interest rate, as implemented by the renewal agreement. In other words, by clause 34, the guarantors waived their equitable rights to be released from their obligations in the event of these particular changes to the loan contract.

65 Having decided that the respondent was liable as a guarantor, Robins J.A. did not find it necessary to consider whether the guarantors were, in fact, "principal debtors".

66 However, while he found the respondent to be liable under the guarantee, Robins J.A. would have varied the order of the motions court judge such that Conlin would only be liable for the principal amount secured under the mortgage and interest thereon calculated at 11.5 percent per annum. He based this variation on the finding that the guarantors agreed to be liable for the moneys secured under the original mortgage. In his view, although they agreed to be liable notwithstanding any

prêt pourrait être renouvelé au moyen d'une convention non signée par les cautions. Les cautions n'avaient pas renoncé à leurs droits en *equity* et, par conséquent, la convention de renouvellement mettait fin à leur responsabilité.

c) Le juge Robins (dissident)

Le juge Robins a d'abord examiné la règle établie dans l'arrêt *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), selon laquelle toute modification importante du contrat principal sans le consentement de la caution libère cette dernière. Puis, il a fait remarquer qu'une caution peut renoncer par contrat à cette protection dont il bénéficie en *equity*.

Le juge Robins a ensuite examiné le texte de la clause 34 qui prévoit que le cautionnement demeure valide [TRADUCTION] «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». Il a conclu que ces mots prévoyaient clairement à la fois la prorogation de l'hypothèque et l'augmentation du taux d'intérêt effectuées par la convention de renouvellement. Autrement dit, à la clause 34, les cautions avaient renoncé à leur droit en *equity* d'être libérées de leurs obligations dans le cas où de telles modifications seraient apportées au contrat de prêt.

Ayant décidé que l'intimé était responsable à titre de caution, le juge Robins n'a pas considéré nécessaire de déterminer si les cautions étaient, en fait, des «débiteurs principaux».

Toutefois, bien qu'il ait conclu que l'intimé était responsable en vertu du cautionnement consenti, le juge Robins aurait modifié l'ordonnance du juge des requêtes, de manière à ce que Conlin ne soit responsable que du capital garanti en vertu de l'hypothèque et des intérêts sur ce montant calculés au taux de 11,5 pour 100 par année. Il a fondé cette modification sur la conclusion que les cautions avaient convenu d'être responsables des sommes garanties en vertu de l'hypothèque initiale. À son avis, bien qu'elles aient convenu d'être responsables nonobstant toute modification du taux d'in-

change in the interest rate, they did not agree to be liable for that higher rate of interest.

IV. Issues

Before our Court, the appellant raised a threshold issue of jurisdiction. It claimed that the Court of Appeal had erred in dismissing the action when that order was not requested by either party at the motion for summary judgment or on appeal and when neither counsel nor the courts ever discussed this form of relief. Accordingly, there are two major issues before us:

1. Did the majority of the Ontario Court of Appeal exceed its jurisdiction in allowing the appeal and dismissing the action, rather than sending the matter back to trial?
2. Under the terms of the loan agreement, was the respondent John Joseph Conlin released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage, when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased, without notice to the respondent?

V. Analysis

A. *Did the Court of Appeal have jurisdiction to dismiss the action as against the respondent?*

Section 134(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, states as follows:

- 134.** — (1) Unless otherwise provided, a court to which an appeal is taken may,
- (a) make any order or decision that ought to or could have been made by the court or tribunal appealed from;
 - (b) order a new trial;
 - (c) make any other order or decision that is considered just.

The order originally appealed from was granted on a motion for summary judgment brought by the bank. The respondent Conlin had brought no cross-motion for summary judgment dismissing the action. There had been no examination for discovery and no trial. Given that an appeal court may not make an order which the trial judge would not

térêt, elles n'avaient pas convenu d'être responsables relativement à ce taux d'intérêt majoré.

IV. Questions en litige

Devant notre Cour, l'appelante a soulevé une question de compétence préliminaire. Elle a allégué que la Cour d'appel avait commis une erreur en rejetant l'action alors que cela ne lui avait été demandé ni par l'une ou l'autre des parties à la requête en obtention d'un jugement sommaire, ni en appel, et alors que ni les avocats ni les cours n'avaient parlé de cette forme de réparation. Par conséquent, deux questions principales se posent devant nous:

1. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a-t-elle excédé sa compétence en accueillant l'appel et en rejetant l'action, au lieu de renvoyer l'affaire au procès?
2. En vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé John Joseph Conlin a-t-il été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garantis par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans qu'il en soit informé?

V. Analyse

A. *La Cour d'appel avait-elle compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé?*

Le paragraphe 134(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, se lit ainsi:

- 134** (1) Sauf disposition contraire, le tribunal saisi d'un appel peut:
- a) rendre l'ordonnance ou la décision que le tribunal dont il y a appel aurait dû ou pu rendre;
 - b) ordonner un nouveau procès;
 - c) rendre toute ordonnance ou toute décision qu'il estime juste.

L'ordonnance qui a fait l'objet d'un appel au départ a été accordée à la suite de la requête de la banque visant à obtenir un jugement sommaire. L'intimé Conlin n'avait déposé aucune requête incidente pour faire rejeter l'action par jugement sommaire. Il n'y avait eu ni interrogatoire préalable ni procès. L'appelante a soutenu devant nous

67

68

69

have had the jurisdiction to make (*Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101 (C.A.), at p. 110), the appellant argued before us that the Court of Appeal had jurisdiction only to set aside the order for summary judgment and send the matter back for trial. The question to be answered, therefore, is whether the motions court judge had the jurisdiction to dismiss the action against the respondent.

70 The original motion for summary judgment was brought pursuant to Rule 20 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. Rule 20.04(2) states:

Where the court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the court shall grant summary judgment accordingly.

Rule 20.04(4) states:

Where the court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, the court may determine the question and grant judgment accordingly, . . .

The interpretive guide to the Rules is set out in Rule 1.04(1):

These rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits.

71 Considered in light of Rule 1.04(1), in my opinion, Rules 20.04(2) and (4) gave Killeen J. the jurisdiction to dismiss the action against the respondent. The motions court judge could either have found that there was no genuine issue for trial or he could have found that the only genuine issue was an issue of law. In either case, it would have been within his jurisdiction and, by extension, within the jurisdiction of the Court of Appeal, to dispose of the matter by dismissing Manulife's claim.

72 However, the appellant further argues that Finlayson and Carthy J.J.A. erred in basing their decisions on the unproven assertion that Conlin had never consented to the 1990 renewal agreement. The appellant claims that it had no opportunity to

que la Cour d'appel n'avait compétence que pour annuler l'ordonnance de jugement sommaire et renvoyer l'affaire au procès, étant donné qu'une cour d'appel ne peut pas délivrer une ordonnance que le juge du procès n'aurait pas eu le pouvoir de rendre (*Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101 (C.A.), à la p. 110). Il s'agit donc de savoir si le juge des requêtes avait compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé.

La requête initiale en obtention d'un jugement sommaire était fondée sur l'art. 20 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194. Le paragraphe 20.04(2) se lit ainsi:

Le tribunal, s'il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de question litigieuse, rend un jugement sommaire en conséquence.

Le paragraphe 20.04(4) prévoit ceci:

Le tribunal, s'il est convaincu que la seule question litigieuse porte sur une question de droit, peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence. . . .

Le paragraphe 1.04(1) énonce la façon d'interpréter les Règles:

Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.

J'estime qu'à la lumière du par. 1.04(1) les par. 20.04(2) et (4) conféraient au juge Killeen compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé. Le juge des requêtes aurait pu conclure soit qu'il n'y avait pas de question litigieuse soit que la seule question litigieuse portait sur une question de droit. Dans un cas comme dans l'autre, lui-même et, par extension, la Cour d'appel auraient eu compétence pour trancher l'affaire en rejetant la demande de Manuvie.

Toutefois, l'appelante prétend, en outre, que les juges Finlayson et Carthy de la Cour d'appel ont commis une erreur en fondant leurs décisions sur l'affirmation non prouvée que Conlin n'avait jamais consenti à la convention de renouvellement

fully test Conlin's affidavit evidence with regard to consent and that, therefore, it was denied the right to have its case fully heard.

I do not agree with this assertion. The appellant did, in fact, have the opportunity to test Conlin's evidence. Rule 39.02(1) of the *Rules of Civil Procedure* says that a party to a motion may cross-examine the deponent of any affidavit served by a party who is adverse in interest on the motion. However, the bank chose not to exercise this right and left Conlin's evidence unchallenged. Therefore, in my opinion, the appellant was not deprived of its right to have its case fully heard and to test all of the respondent's evidence.

This case is far from the circumstances that arose in *Keltic Leasing Corp. v. Curtis* (1993), 133 N.B.R. (2d) 73 (C.A.). In that case, the trial judge erred in making a finding of fact on a question which had not been addressed at all by the parties. The Court of Appeal found that this deprived the plaintiff of its right to adduce evidence in support of its position. However, in the case before us, the question of Conlin's consent, or lack thereof, to the renewal agreement was addressed before Killeen J. and, as discussed above, the appellant had full opportunity to counter this with evidence to the contrary.

For these reasons, it is my view that there is no reason to interfere with the Court of Appeal's procedural handling of this case.

B. Under the terms of the loan agreement, was the respondent released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased without the respondent's consent?

de 1990. L'appelante fait valoir qu'elle n'a pas eu l'occasion de vérifier pleinement l'exactitude du témoignage par affidavit de Conlin concernant le consentement et que, par conséquent, on lui a refusé le droit de faire entendre pleinement sa preuve.

Je ne suis pas de cet avis. L'appelante a bel et bien eu la possibilité de vérifier l'exactitude du témoignage de Conlin. Le paragraphe 39.02(1) des *Règles de procédure civile* prévoit qu'une partie à une requête peut contre-interroger le déposant d'un affidavit signifié par une partie ayant des intérêts opposés relativement à cette requête. Toutefois, la banque a choisi de ne pas exercer ce droit et de ne pas contester le témoignage de Conlin. Par conséquent, je suis d'avis qu'on n'a pas refusé à l'appelante le droit de faire entendre pleinement sa preuve et de vérifier l'exactitude de tout le témoignage de l'intimé.

Les circonstances de la présente affaire sont loin de ressembler à celles dont il était question dans l'arrêt *Keltic Leasing Corp. c. Curtis* (1993), 133 R. N.-B. (2^e) 73 (C.A.). Dans cette affaire, le juge du procès avait erronément tiré une conclusion de fait sur une question qui n'avait pas été abordée par les parties. La Cour d'appel a conclu que cela avait privé la demanderesse de son droit de présenter des éléments de preuve à l'appui de sa thèse. Cependant, dans l'affaire qui nous est soumise, la question du consentement ou de l'absence de consentement de Conlin à la convention de renouvellement a été abordée devant le juge Killeen et, comme nous l'avons vu précédemment, l'appelante a eu pleinement l'occasion de répliquer à cela au moyen d'une preuve contraire.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a aucune raison d'intervenir dans la façon dont la Cour d'appel a procédé en l'espèce.

B. En vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé a-t-il été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garantis par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans son consentement?

73

74

75

76

It is well accepted that any material variation of the terms of a contract between debtor and creditor, which is prejudicial to the guarantor and which is made without the guarantor's consent, will discharge the guarantor: *Holme v. Brunskill*, *supra*, at pp. 505-6; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, at p. 562. An increase in the rate of interest and an extension of the time for payment are both material changes to the loan agreement sufficient to discharge a surety: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996), at ¶¶ 10.23 and 10.51.

77

However, this right to be discharged as a result of a material variation of the principal contract can be waived by the surety. As McIntyre J. said in *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 107, "it is open to the parties to make their own arrangements, and a surety is competent to contract himself out of the protection of the equitable rule". The question to be resolved, therefore, is whether clause 34 amounts to a waiver of the respondent's equitable rights. Before dealing with this question, I believe it would be helpful to discuss briefly some of the interpretive principles relating to guarantees.

(a) Interpretive principles relating to guarantees

78

In my opinion, there is no special rule of construction for guarantees. Guarantee contracts are basically contracts, like any others, and should be construed according to the ordinary rules of contractual interpretation. As McGuinness states, *supra*, at p. 238, "The rules respecting the interpretation of guarantees are essentially the same as the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally."

79

The cardinal interpretive rule of contracts is that the court should give effect to the intentions of parties as expressed in their written document. As Estey J. said in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at p. 899, quoting Meredith J.A. in *Pense v. Northern Life Assurance Co.*

Il est bien reconnu que toute modification importante des conditions d'un contrat entre un débiteur et un créancier qui est préjudiciable à la caution et qui est faite sans son consentement, libère cette dernière: *Holme c. Brunskill*, précité, aux pp. 505 et 506; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, à la p. 562. Une augmentation du taux d'intérêt et une prorogation du délai de paiement sont toutes deux des modifications importantes de la convention de prêt qui sont suffisantes pour libérer une caution: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2^e éd. 1996), aux ¶¶ 10.23 et 10.51.

Cependant, la caution peut renoncer à ce droit d'être libérée en raison d'une modification importante du contrat principal. Comme le juge McIntyre l'a dit dans *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, à la p. 107: «les parties peuvent conclure leur propre entente, et une caution peut renoncer à la protection de la règle d'*equity*». Il s'agit donc de savoir si la clause 34 équivaut à une renonciation par l'intimé aux droits qui lui sont reconnus en *equity*. Avant d'examiner cette question, je crois qu'il serait utile d'analyser brièvement certains principes d'interprétation en matière de cautionnement.

a) Principes d'interprétation en matière de cautionnement

À mon avis, il n'existe aucune règle particulière d'interprétation des cautionnements. Les contrats de cautionnement sont au fond des contrats comme les autres, qui devraient être interprétés selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. Comme McGuinness l'affirme, *op. cit.*, à la p. 238: [TRADUCTION] «Les règles applicables à l'interprétation des cautionnements sont essentiellement les mêmes que celles qui régissent l'interprétation des actes et des contrats en général».

La principale règle d'interprétation des contrats veut que les tribunaux mettent à exécution les intentions que les parties ont exprimées dans leur document écrit. Comme le juge Estey l'a dit dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, à la p. 899, en citant les pro-

(1907), 15 O.L.R. 131, at p. 137: “[In all contracts], effect must be given to the intention of the parties, to be gathered from the words they have used.” The court will deviate from the plain meaning of the words only if a literal interpretation of the contractual language would lead either to an absurd result or to a result which is “plainly repugnant to the intention of the parties”: McGuinness, *supra*, at p. 239; and see the reasons of Estey J. in *Consolidated-Bathurst*, *supra*, at p. 901.

When interpreting guarantees, like other contracts, the court may apply the *contra proferentem* rule where the wording of the guarantee supports more than one meaning. According to this rule, the ambiguity will be resolved in favour of the party who did not draft the contract. This is an interpretive rule of last resort, to be used only when all other means of ascertaining the intentions of the parties, as expressed by their written contract, have failed. See the words of Cartwright J. in *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936, at p. 953. As Lindley L.J. said in *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453, at p. 456:

... this principle ought only to be applied for the purpose of removing a doubt, not for the purpose of creating a doubt, or magnifying an ambiguity, when the circumstances of the case raise no real difficulty.

There is some suggestion in the case law that guarantee agreements entered into by an “uncompensated” or “accommodating” surety will be interpreted more strictly than those entered into by a compensated surety. In this respect, most notable is the decision of the Court in *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513.

In that case, the respondent, Johns-Manville, had entered into a contract with a supplier. That supplier had entered into a payment bond which named the appellant, Citadel, as guarantor of the supply contract. A condition of the bond was that

pos tenus par le juge Meredith dans *Pense c. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131, à la p. 137: «[Dans tous les contrats], il faut donner effet à l'intention des parties qui se dégage des mots qu'elles ont employés.» La cour ne s'écartera du sens ordinaire des mots que si une interprétation littérale des termes du contrat menait à un résultat absurde ou à un résultat [TRADUCTION] «nettement inconciliable avec l'intention des parties»: McGuinness, *op. cit.*, à la p. 239; voir aussi les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Consolidated Bathurst*, précité, à la p. 901.

Pour interpréter un cautionnement, la cour peut, comme pour les autres contrats, appliquer la règle *contra proferentem* lorsqu'il est possible d'attribuer plus d'un sens au texte du cautionnement. Selon cette règle, l'ambiguïté doit être dissipée en faveur de la partie qui n'a pas rédigé le contrat. Il s'agit d'une règle d'interprétation de dernier recours, qui ne doit être utilisée que lorsque tous les autres moyens de vérifier les intentions des parties, exprimées par écrit dans leur contrat, ont échoué. Voir les propos du juge Cartwright dans l'arrêt *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936, à la p. 953. Comme le lord juge Lindley l'a affirmé dans *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453, à la p. 456:

[TRADUCTION]... ce principe ne devrait être appliqué que pour dissiper un doute, et non pour créer un doute ou amplifier une ambiguïté, quand les circonstances de l'affaire ne posent aucune difficulté réelle.

La jurisprudence laisse entendre jusqu'à un certain point qu'une convention de cautionnement souscrite par une caution «non rétribuée» ou «de complaisance» sera interprétée d'une façon plus restrictive que celle souscrite par une caution rétribuée. À cet égard, l'arrêt de notre Cour *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513, est des plus remarquables.

Dans cette affaire, l'intimée, Johns-Manville, avait conclu un contrat avec un fournisseur. Ce fournisseur avait souscrit un cautionnement qui désignait l'appelante, Citadel, comme caution du contrat d'approvisionnement. Une condition du

80

81

82

no suit could be commenced under the bond without proper notice being given to the appellant surety and to the supplier. The supplier defaulted and the respondent commenced an action against the guarantor, Citadel. The respondent gave proper notice to the guarantor. However, while notice was given to the supplier, it did not strictly comply with the requirements of the bonding agreement. The guarantor denied liability under the bond on the basis that the notice provisions of the bond had not been complied with.

cautionnement était qu'aucune poursuite ne pouvait être engagée en vertu du cautionnement sans qu'un avis approprié n'en soit donné à la caution appelante et au fournisseur. Le fournisseur a manqué à ses obligations et l'intimée a intenté une action contre la caution Citadel. L'intimée a donné un avis approprié à la caution. Toutefois, bien qu'un avis ait été donné au fournisseur, il ne satisfaisait pas strictement aux exigences de la convention de cautionnement. La caution a affirmé qu'elle n'était pas responsable en vertu du cautionnement, pour le motif que les dispositions du cautionnement relatives à l'avis n'avaient pas été respectées.

83

The Court rejected this argument and held that the guarantor was liable under the bonding agreement despite the respondent's failure to comply strictly with the terms of the contract. The basis for the decision was that guarantee agreements entered into for valuable consideration should be interpreted according to the ordinary rules of contractual construction. In *obiter*, McIntyre J., at pp. 521 and 523, went on to suggest that a different, stricter rule would apply to guarantors who had not received compensation:

La Cour a rejeté cet argument et a statué que la caution était responsable en vertu de la convention de cautionnement malgré le défaut de l'intimée de respecter strictement les conditions du contrat. La raison de cette décision était que les conventions de cautionnement souscrites à titre onéreux devaient être interprétées selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. Dans une opinion incidente, aux pp. 521 et 523, le juge McIntyre a laissé entendre qu'une règle différente plus stricte s'appliquerait aux cautions non rétribuées:

In respect of them [i.e., uncompensated sureties], the law has been astute to protect them by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety. Any material variation in the terms of the guaranteed indebtedness and any extension of time or postponement of the debtor's obligation, or any discharge or relinquishment of any security for the debt without the consent of the surety will discharge him. In other words, courts have adopted the *strictissimi juris* construction of the surety contract.

En ce qui les concerne [les cautions non rétribuées], la loi s'est avisée de les protéger en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement. Toute modification substantielle des conditions de la dette garantie, toute prorogation de délai ou tout délai accordé au débiteur, toute remise ou abandon de sûreté à l'égard de la dette sans le consentement de la caution libérait cette dernière. En d'autres termes, les cours ont adopté une interprétation *strictissimi juris* du contrat de cautionnement.

... surety contracts should be more liberally construed in favour of claimants in the case of compensated sureties than in the case of accommodation sureties.

... il faut interpréter les contrats de cautionnement plus libéralement en faveur des réclamants s'il s'agit de cautions rétribuées plutôt que de cautions de complaisance.

84

In my opinion, the above statement should be understood in the context in which it was made. In *Citadel General Assurance*, the issue was not one of contractual interpretation. Rather, it was a question of what consequences were to flow from a clear breach of the contract. For these reasons, it is my view that the comments in *Citadel General Assurance* are not a sufficient basis for holding

À mon avis, l'énoncé qui précède doit être interprété dans son contexte. Dans l'arrêt *Citadel General Assurance*, le litige ne portait pas sur une interprétation de contrat. Il s'agissait plutôt de déterminer quelles conséquences découleraient d'une violation claire du contrat. Pour ces motifs, je suis d'avis que les commentaires faits dans *Citadel General Assurance* ne sont pas suffisants pour

generally that guarantee contracts should be subject to special, stricter rules of interpretation if the guarantor has not received compensation.

(b) Application of the rules of interpretation to the contract between Conlin and Manulife

In applying the above principles to this case, a number of sub-questions arise from the arguments of the parties which I now will address.

(i) *Does clause 34 amount to a waiver of the respondent's equitable rights?*

By clause 34, the guarantors agree to remain bound by the guarantee contract notwithstanding the giving of time for payment of the mortgage or the varying of the rate of interest.

The respondent argued that clause 34 does not include a waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of a renewal of the mortgage. According to this argument, since the renewal agreement constituted a material change, it discharged the guarantors.

It is true, as the respondent contends, that clause 34 does not refer to "renewal" agreements by name. However, the clause does contain a clear waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of an extension of time or an increase in the rate of interest:

... this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon . . .

The respondent maintained that a renewal was not the same thing as the giving of time for payment. He pointed out that clause 7 uses the term "renewal" while clause 34 does not. According to this line of argument, if the parties had intended the guarantee agreement to include a waiver of the right of discharge in the event of a renewal of the

conclure, de manière générale, que les contrats de cautionnement devraient être sujets à des règles d'interprétation spéciales plus strictes dans le cas d'une caution non rétribuée.

b) Application des règles d'interprétation au contrat conclu par Conlin et Manuvie

Si on applique les principes susmentionnés à la présente affaire, les arguments des parties soulèvent un certain nombre de questions que je vais maintenant aborder.

(i) *La clause 34 équivaut-elle à une renonciation par l'intimé à ses droits en equity?*

À la clause 34, les cautions consentent à rester liées par le contrat de cautionnement nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de l'hypothèque ou la modification du taux d'intérêt.

L'intimé fait valoir que la clause 34 ne comprend pas une renonciation au droit des cautions d'être libérées en cas de renouvellement de l'hypothèque. Selon cet argument, puisque la convention de renouvellement constituait une modification importante, elle a libéré les cautions.

Il est vrai, comme le prétend l'intimé, que la clause 34 ne mentionne pas expressément les conventions de «renouvellement». La clause contient, cependant, une renonciation claire au droit des cautions d'être libérées dans le cas d'une prorogation de délai ou d'une augmentation du taux d'intérêt:

[TRADUCTION] . . . cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt . . .

L'intimé a soutenu qu'un renouvellement n'était pas la même chose que l'attribution d'un délai de paiement. Il a fait remarquer que la clause 7 utilise le mot «renouvellement» alors que la clause 34 ne le fait pas. Selon ce raisonnement, si les parties avaient voulu inclure dans la convention de cautionnement une renonciation au droit à la libération

85

86

87

88

89

mortgage, they would have said so explicitly in clause 34.

en cas de renouvellement de l'hypothèque, elles l'auraient fait explicitement à la clause 34.

90 However, I do not find this argument persuasive. The plain ordinary meaning of the words, "the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" encompasses the renewal agreement. Through this agreement, the appellant bank extended the term of the loan by three years and increased the rate of interest charged on the debt. I can see no support for the respondent's contention that the "giving of time for payment", as detailed in clause 34, does not include the giving of time for payment as effected by the renewal agreement.

Toutefois, je ne considère pas cet argument persuasif. Le sens clair et ordinaire des mots [TRADUCTION] «l'attribution d'un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement» comprend la convention de renouvellement. Grâce à cette convention, la banque appelante a prorogé le prêt pour une durée de trois ans et a augmenté le taux d'intérêt applicable à la dette. Je ne vois rien qui justifie la prétention de l'intimé que «l'attribution d'un délai de paiement», mentionnée dans la clause 34, ne comprend pas l'attribution d'un délai de paiement en vertu de la convention de renouvellement.

91 In his book *The Law of Guarantee, supra*, at p. 556, McGuinness discusses the effect of agreements "to give time" to the principal debtor and says that the "giving of time" includes those agreements "which provide specifically for an extension of time for performance. . . . [for] further time in which to pay . . . the guaranteed debt". This is precisely what the renewal agreement accomplished and, thus, this is what was contemplated by the language of the guarantee agreement.

Dans son ouvrage intitulé *The Law of Guarantee, op. cit.*, à la p. 556, McGuinness analyse l'effet des conventions [TRADUCTION] «accordant un délai» au débiteur principal et affirme que l' [TRADUCTION] «attribution d'un délai» comprend toutes les conventions «qui prévoient expressément une prorogation du délai d'exécution [. . .] [afin] de disposer d'un plus long délai pour payer [. . .] la dette garantie». C'est précisément ce qui a été réalisé par la convention de renouvellement et c'est donc ce qui était prévu par le texte de la convention de cautionnement.

92 In other words, what we must consider is the substantive effect of the renewal agreement, rather than the form of the instrument by which it was executed. The parties did use a renewal agreement, but, at bottom, that renewal agreement extended the time for payment and increased the interest rate, events that are expressly covered in clause 34.

En d'autres termes, il faut prendre en considération l'effet réel de la convention de renouvellement, plutôt que la forme de l'instrument par lequel elle a été mise à exécution. Les parties ont bel et bien conclu une convention de renouvellement, mais, au fond, cette convention de renouvellement prorogait le délai de paiement et augmentait le taux d'intérêt, ce qui était expressément prévu à la clause 34.

93 With respect, I do not agree with Carthy J.A. when he says that the words "notwithstanding the giving of time for payment" should be interpreted to refer only to forbearance by the bank to pursue remedies during the original term of the mortgage. This is a case where we should heed the warning of Lindley L.J. in *Cornish v. Accident Insurance Co.*, *supra*, and not use the *contra proferentem* doctrine in any guise to create a doubt, or to mag-

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec le juge Carthy lorsqu'il affirme que les mots [TRADUCTION] «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement» devraient être interprétés de manière à désigner seulement une abstention de la part de la banque d'intenter un recours pendant la durée initiale de l'hypothèque. Il s'agit ici d'une affaire où nous devrions tenir compte de la mise en garde du lord juge Lindley dans *Cornish c. Accident Insur-*

nify an ambiguity. Like Killeen J., I am of the view that the plain wording of the agreement in question raises no real difficulty.

(ii) *Under clause 34, did the appellant have to notify the guarantors of the renewal agreement?*

One of the last phrases of clause 34 reads as follows: “we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us” (emphasis added). By contrast, the preceding phrase which waives the guarantors’ rights to be discharged in the event of certain material changes to the principal contract does not contain this phrase, “without notice to us”. The respondent contends that this omission means that, if the bank failed to notify the guarantors of the relevant material changes, the guarantors would be discharged from their obligations. Because the respondent received no notice of the renewal agreement, he was released from his liability.

Again, I am unable to agree with this line of argument. As already stated, the language of clause 34 is clear: the guarantor unconditionally promises to remain bound notwithstanding the extending of time or the changing of the rate of interest charged. It is rather odd to infer a condition of notice when the undertaking is so clear and unambiguous. Of course, the parties could have included a requirement of notice, but, as the language of the waiver in clause 34 is so clear, they would have had to do so explicitly. It may be that the insertion of the words “without notice to us”, in connection with the waiver of breaches and the accepting of other covenants, sureties or securities, was simply made out of an abundance of caution, but, regardless, this cannot affect the clear waiver relating to extending time and changing the interest rate.

ance Co., précité, et ne pas appliquer la règle *contra proferentem* de manière à créer un doute ou à amplifier une ambiguïté. À l’instar du juge Killeen, je suis d’avis que le texte clair de la convention en cause ne pose aucune difficulté réelle.

(ii) *En vertu de la clause 34, l’appelante était-elle tenue d’aviser les cautions de la convention de renouvellement?*

L’une des dernières phrases de la clause 34 se lit ainsi: [TRADUCTION] «nous conven[ons] toutes et chacune que le créancier hypothécaire [peut] renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d’autres engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis» (je souligne). Par contre, la phrase précédente, qui écarte les droits des cautions d’être libérées dans le cas où certaines modifications importantes seraient apportées au contrat principal ne renferme pas l’expression «sans nous donner avis». L’intimé soutient que cette omission signifie que si la banque n’avisait pas les cautions des modifications importantes pertinentes, les cautions seraient libérées de leurs obligations. Puisque l’intimé n’a reçu aucun avis de la convention de renouvellement, il est libéré de sa responsabilité.

Là encore, je suis incapable de souscrire à ce raisonnement. Comme je l’ai déjà affirmé, le texte de la clause 34 est clair: la caution promet, de façon inconditionnelle, de demeurer liée nonobstant la prorogation du délai ou la modification du taux d’intérêt imposé. Il est plutôt étrange de déduire l’existence d’une exigence d’avis en présence d’un engagement aussi clair et net. Évidemment, les parties auraient pu inclure une exigence d’avis, mais, étant donné la clarté du texte de la renonciation figurant à la clause 34, il leur aurait fallu le faire explicitement. Il se peut que l’inclusion des mots «sans nous donner avis», relativement à la renonciation au droit de résiliation pour violation et à l’acceptation d’autres engagements, cautionnements ou sûretés, ait été faite simplement par excès de prudence, mais, néanmoins, cela ne saurait pas affecter la renonciation claire relative à la prorogation de délai et à la modification du taux d’intérêt.

(iii) *What is the effect of the respondent promising "as a principal debtor and not as a surety"?*

96 Clause 34 provides that the respondent and Conlin Engineering enter the agreement "as principal debtors and not as sureties". In his concurring judgment, Carthy J.A. reasoned that, as "principal debtors", the guarantors would be "expected" to be signatories to the renewal agreement. With respect, I do not agree.

97 I agree with Robins J.A.'s conclusion that the evident intention of the parties, in using this kind of language, was to preserve the liability of the surety even in circumstances where the principal obligation was no longer enforceable, although I express no opinion on whether the language is sufficient to accomplish such an objective. In any event, it is unnecessary to consider whether this clause was sufficient to turn clause 34 into an indemnity agreement, because I am of the opinion that the respondent is liable as a guarantor.

(iv) *What is the significance of the fact that the renewal form provides a space for the guarantor's signature?*

98 The respondent points to the fact that the renewal agreement had a space for the signature of the guarantor as proof that the reasonable expectations of the parties were that, in the absence of the guarantors' consent to a renewal agreement, any such agreement would discharge the guarantors. With respect, I do not agree.

99 Our primary task is to determine the meaning of the guarantee contained in clause 34. This agreement was entered into in 1987. The wording or form of another subsequent contract, entered into three years later, cannot change the meaning of the original agreement. In my opinion, the space for the guarantors' signature on the renewal agreement is not helpful in trying to interpret the guarantee contract.

(iii) *Quel est l'incidence du fait que l'intimé a promis «à titre de débiteur principal et non de caution»?*

La clause 34 prévoit que l'intimé et Conlin Engineering concluent la convention [TRADUCTION] «à titre de débiteurs principaux et non de cautions». Dans ses motifs concordants, le juge Carthy a considéré qu'on «s'attendrait» à ce que, à titre de «débiteurs principaux», les cautions soient signataires de la convention de renouvellement. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis.

Je suis d'accord avec la conclusion du juge Robins que les parties avaient manifestement l'intention, en utilisant cette terminologie, de maintenir la responsabilité de la caution même dans le cas où l'obligation principale ne pourrait plus être exécutée, quoique je n'exprime aucune opinion quant à savoir si cette terminologie est suffisante pour permettre d'atteindre un tel objectif. De toute façon, il n'est pas nécessaire de déterminer si cette clause était suffisante pour faire de la clause 34 une convention d'indemnisation, parce que je suis d'avis que l'intimé est responsable à titre de caution.

(iv) *Quelle importance faut-il attacher au fait que la formule de renouvellement comportait un espace pour la signature de la caution?*

L'intimé souligne que le fait que la convention de renouvellement comportait un espace pour la signature de la caution prouve que les parties s'attendaient raisonnablement à ce qu'en l'absence du consentement des cautions à une convention de renouvellement, cette convention libérerait ces dernières. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Il nous incombe, d'abord et avant tout, de déterminer le sens du cautionnement contenu dans la clause 34. Cette convention a été signée en 1987. Le texte ou la forme d'un autre contrat conclu trois ans plus tard ne saurait changer le sens de la convention initiale. À mon avis, l'espace prévu pour la signature de la caution dans la convention de renouvellement n'est d'aucune utilité pour tenter d'interpréter le contrat de cautionnement.

(v) *What exactly is the extent of the respondent's obligation?*

The respondent promised to guarantee the payment of the money secured by the 1987 mortgage. In my view, the terms of that mortgage determine the extent of the respondent's liability. Clause 34 does include a waiver of the guarantors' rights to be discharged in the case of material variation of the terms of the loan agreement. However, the fact that the renewal agreement does not discharge the respondent does not mean that the respondent is liable for the money secured by that renewal agreement — a contract to which he never consented. In clause 34, the guarantors promise to pay "the principal sum and all other moneys hereby secured" (emphasis added), i.e., secured by the original mortgage agreement. In other words, the respondent is not liable for interest at the increased rate of 13 percent. Rather, his responsibility, as specified in the 1987 agreement, and as found by Robins J.A. in the Court of Appeal, is to repay the balance owing on the principal sum with interest charged at the rate of 11.5 percent.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, with costs here and below, set aside the judgment of the Court of Appeal, and substitute therefor an order to the effect that the respondent is liable under his guarantee to pay the balance owing on the principal amount with interest at 11.5 percent per annum.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lee, Bowden, Concord, Ontario.

Solicitors for the respondent: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London, Ontario.

(v) *Quelle est exactement l'étendue de l'obligation de l'intimé?*

L'intimé a promis de garantir le paiement des sommes garanties par l'hypothèque de 1987. J'estime que les conditions de cette hypothèque déterminent l'étendue de la responsabilité de l'intimé. La clause 34 comprend bel et bien une renonciation aux droits des cautions d'être libérées dans le cas où une modification importante serait apportée aux conditions de la convention de prêt. Toutefois, le fait que la convention de renouvellement ne libère pas l'intimé ne signifie pas qu'il est responsable des sommes garanties par cette convention de renouvellement — un contrat auquel il n'a jamais consenti. À la clause 34, les cautions promettent de payer [TRADUCTION] «le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes» (je souligne), c.-à-d. garantis par la convention hypothécaire initiale. En d'autres termes, l'intimé n'est pas responsable des intérêts calculés au taux majoré de 13 pour 100 par année. La responsabilité qui lui incombe en vertu de la convention de 1987, et selon ce que le juge Robins de la Cour d'appel a conclu, est plutôt de rembourser le solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et d'y substituer une ordonnance selon laquelle l'intimé a, en vertu de son cautionnement, la responsabilité de payer le solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Lee, Bowden, Concord (Ontario).

Procureurs de l'intimé: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London (Ontario).

Jon Athey *Appellant*

v.

Ferdinando Leonati and Kevin Johnson *Respondents*

and between

Jon Athey *Appellant*

v.

Edward Alan Gagne, Dolphin Delivery (1985) Ltd. and Dolphin Transport Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: ATHEY v. LEONATI

File No.: 24725.

1996: June 12; 1996: October 31.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Damages — Personal Injury — Extent of liability — Pre-existing condition — Injuries suffered from two accidents — Injury complained of occurring during medically sanctioned exercise routine while recovering from second accident — Whether defendants fully liable.

The appellant, a person with a history of back problems, suffered back and neck injuries in an accident in February 1991. While still recovering from those injuries, he suffered further injury in a second accident which occurred that April. That autumn his doctor suggested in light of his improved condition that he resume his regular exercise routine. He suffered a herniated disc while “warming up” and required surgery. The results were good but not excellent. The appellant obtained other employment that required no heavy physical duties at a reduced salary.

Jon Athey *Appelant*

c.

Ferdinando Leonati et Kevin Johnson *Intimés*

et entre

Jon Athey *Appelant*

c.

Edward Alan Gagne, Dolphin Delivery (1985) Ltd. et Dolphin Transport Ltd. *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ATHEY c. LEONATI

N° du greffe: 24725.

1996: 12 juin; 1996: 31 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Responsabilité civile délictuelle — Dommages-intérêts — Préjudice corporel — Étendue de la responsabilité — État préexistant — Blessures subies dans deux accidents — La blessure en cause s'est produite au cours d'un programme d'exercices autorisé par le médecin pendant que la victime se remettait du deuxième accident — Les défendeurs sont-ils pleinement responsables?

L'appelant, qui avait des antécédents de problèmes de dos, a été blessé au dos et au cou dans un accident en février 1991. Pendant qu'il se remettait de ces blessures, il a de nouveau été blessé dans un second accident en avril de la même année. À l'automne, vu l'amélioration de l'état de l'appelant, le médecin de ce dernier lui a suggéré de reprendre son programme d'exercices habituel. Pendant qu'il faisait des exercices d'«échauffement», l'appelant a subi une hernie discale et a dû être opéré. Les résultats ont été bons, mais non excellents. L'appelant s'est trouvé un nouvel emploi, moins bien rémunéré mais n'exigeant pas de travail physique ardu.

All parties proceeded as if there were only one defendant and only one accident, and no attempt was made to apportion fault between the respondents or between the accidents. The respondents admitted liability. There was no allegation of contributory negligence with respect to the accidents, or negligence by the appellant or his doctor in resuming the exercise program. The only issue was whether the disc herniation was caused by the injuries sustained in the accidents or whether it was attributable to the appellant's pre-existing back problems. The trial judge held that although the accidents were "not the sole cause" of the disc herniation, they played "some causative role" and awarded 25 percent of the global amount of damages assessed. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here was (1) whether the trial judge's apportionment of causation was reversible error, and (2) whether the court of appeal wrongly limited the scope of judicial review by declining to consider the appellant's theory of liability.

Held: The appeal should be allowed.

A defendant is liable for any injuries caused or contributed to by his or her negligence. The presence of other non-tortious contributing causes does not reduce the extent of that liability. Loss cannot be apportioned according to the degree of causation where it is created by tortious and non-tortious causes.

Causation is established where the plaintiff proves to the civil standard that the defendant caused or contributed to the injury. The general, but not conclusive, test for causation is the "but for" test, which requires the plaintiff to show that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant. Where the "but for" test is unworkable, the courts have recognized that causation is established where the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury. In some circumstances an inference of causation may be drawn from the evidence without positive scientific proof. The plaintiff need not establish that the defendant's negligence was the sole cause of the injury. The law does not excuse a defendant from liability merely because other causal factors for which he or she is not responsible also helped produce the harm. It is sufficient if the defendant's negligence was a cause of the harm.

Toutes les parties ont agi comme s'il n'y avait qu'un seul défendeur et un seul accident, et personne n'a cherché à répartir la faute entre les intimés ou entre les accidents. Les intimés ont admis leur responsabilité. On n'a pas invoqué une quelconque négligence contributive de la victime relativement aux accidents ou une négligence de la part de M. Athey ou de son médecin pour la reprise du programme d'exercices. La seule question en litige était de savoir si l'hernie discale avait été causée par les blessures subies lors des accidents ou si elle était attribuable aux problèmes de dos préexistants de l'appellant. Le juge de première instance a conclu que, même si les accidents n'avaient «pas été la seule cause» de l'hernie discale, ils avaient été «un facteur de causalité», et elle a accordé 25 pour 100 du montant global des dommages-intérêts déterminés. L'appel à la Cour d'appel a été rejeté. Il s'agissait en l'espèce de décider (1) si la décision du juge de première instance de répartir la responsabilité entre les facteurs de causalité était une erreur donnant ouverture à révision, et (2) si la Cour d'appel avait à tort limité la portée du contrôle judiciaire en refusant d'examiner la théorie de la responsabilité avancée par l'appellant.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le défendeur est responsable des dommages qu'il a, par sa négligence, causés ou contribué à causer. La présence d'autres facteurs non délictuels concourants ne réduit pas sa responsabilité. La responsabilité ne peut être répartie en fonction du degré de causalité lorsque le préjudice est imputable à des facteurs délictuels et à des facteurs non délictuels.

La causalité est établie si le demandeur prouve, selon la norme applicable en matière civile, que le défendeur a causé le préjudice ou y a contribué. Le critère général, quoique non décisif, en matière de causalité est celui du «facteur déterminant» («*but for test*»), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur. Dans les cas où le critère du facteur déterminant n'est pas applicable, les tribunaux ont reconnu que la causalité était établie si la négligence du défendeur avait «contribué de façon appréciable» au préjudice. Dans certaines circonstances, une inférence de causalité peut être tirée, même en l'absence de preuve scientifique positive. Le demandeur n'a pas à établir que la négligence du défendeur a été la seule cause du préjudice. En droit, la responsabilité du défendeur n'est pas écartée du seul fait que d'autres facteurs qui ne lui sont pas imputables ont contribué au préjudice. Il suffit que la négligence du défendeur ait été une cause du préjudice.

Apportionment between tortious and non-tortious causes is contrary to the principles of tort law because the defendant would escape full liability even though he or she caused or contributed to the plaintiff's entire injuries. The plaintiff would not be adequately compensated, since he or she would not be placed in the original position he or she would be in absent the defendant's negligence.

Separation of distinct and divisible injuries is not truly apportionment; it is simply making each defendant liable only for the injury he or she has caused, according to the usual rule. Separation is also permitted where some of the injuries have tortious causes and some have non-tortious causes. Again, such cases merely recognize that the defendant is not liable for injuries which were not caused by his or her negligence. Here, the disc herniation was a single indivisible injury so division was neither possible nor appropriate. Any defendant found to have negligently caused or contributed to the disc herniation will be fully liable for it.

The disc herniation was a past event which cannot be addressed in terms of probabilities. Once the plaintiff met the burden of proving that the injuries sustained in the accidents caused or contributed to the disc herniation, causation must be accepted as a certainty. Hypothetical events (such as how the plaintiff's life would have proceeded without the tortious injury) or future events need not be proven on a balance of probabilities and are simply given weight according to their relative likelihood.

An analogy cannot be drawn to those cases where an unrelated event, such as a disease or non-tortious accident, occurs after the plaintiff is injured. The plaintiff's loss is the difference between the original position the plaintiff would have been in absent the defendant's negligence and the plaintiff's position after the tort. Where an intervening event unrelated to the tort affects the plaintiff's "original position", the net loss is not as great as it might have otherwise seemed, so damages would be reduced to reflect this. Here, the disc herniation was found to be the product of the accidents and not an independent intervening event. It accordingly did not affect

La répartition de la responsabilité entre les facteurs délictuels et non délictuels est contraire aux principes du droit de la responsabilité délictuelle parce que le défendeur échapperait ainsi à la pleine responsabilité, même s'il a causé ou contribué à causer la totalité du préjudice subi par le demandeur. Ce dernier ne serait pas indemnisé suffisamment, puisqu'il ne serait pas rétabli dans la situation originale où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur.

Le fait de séparer des préjudices distincts et divisibles ne constitue pas véritablement une répartition de la responsabilité, mais revient simplement à tenir chaque défendeur responsable uniquement du préjudice qu'il a causé, conformément à la règle habituelle. La séparation est également permise lorsque certains préjudices sont imputables à des causes délictuelles et d'autres à des causes non délictuelles. Encore une fois, de tels cas ne font que reconnaître que le défendeur n'est pas responsable des préjudices qui n'ont pas été causés par sa négligence. En l'espèce, l'hernie discale était un préjudice unique et indivisible, de sorte que la division n'était ni possible ni opportune. Tout défendeur qui sera jugé avoir, par sa négligence, causé ou contribué à causer le préjudice en sera tenu pleinement responsable.

L'hernie discale était un fait passé qui ne peut être exprimé en probabilités. Une fois que le demandeur s'est acquitté de la charge de prouver que le préjudice subi lors des accidents a causé ou contribué à causer l'hernie discale, le lien de causalité doit être tenu pour certain. Des événements hypothétiques (par exemple la vie qu'aurait menée le demandeur sans le préjudice délictuel subi) ou futurs n'ont pas à être prouvés selon la prépondérance des probabilités. Au contraire, on leur accorde simplement un certain poids en fonction de leur probabilité relative.

On ne peut faire d'analogie avec les cas où un fait indépendant, tel une maladie ou un accident dont la cause n'est pas délictuelle, se produit après que le demandeur a subi le préjudice. Le préjudice subi par le demandeur correspond à la différence entre la situation originale dans laquelle ce dernier aurait été n'eût été la négligence du défendeur et sa situation après le délit. Lorsqu'un fait subséquent n'ayant aucun rapport avec le délit a une incidence sur la «situation originale» du demandeur, la perte nette est moins importante qu'elle peut sembler par ailleurs, de sorte que le tribunal réduit les dommages-intérêts pour tenir compte de cette différence. En l'espèce, il a été jugé que l'hernie discale était le résultat des accidents et non un fait subséquent indépendant. Elle n'a donc pas eu d'incidence sur l'évalua-

the assessment of the plaintiff's "original position" and thereby reduce the net loss experienced by the plaintiff.

The "crumbling skull" argument does not succeed on the facts as found by the trial judge. This rule simply recognizes that the pre-existing condition was inherent in the plaintiff's "original position". The defendant need not put the plaintiff in a position better than his or her original position. The defendant is liable for the additional damage but not the pre-existing damage. Here, there was no finding of any measurable risk that the disc herniation would have occurred without the accident, and there was therefore no basis to reduce the award to take into account any such risk.

The loss of chance doctrine whereby the plaintiffs may be compensated where their only loss is the loss of a chance at a favourable opportunity or of a chance of avoiding a detrimental event did not need to be considered here. The factual findings did not support the contention that the loss would be the loss of a chance of avoiding the disc herniation. The finding at trial was that the accidents contributed to the actual disc herniation itself.

The warming-up incident was not a cause but rather the effect. It was the injury. Mere stretching alone was not sufficient to cause disc herniation in the absence of some latent disposition or previous injuries. There was no suggestion of negligence on the appellant's part.

The 25 percent contribution of the two accidents to the disc herniation assessed by the trial judge fell outside the *de minimis* range and therefore constituted a material contribution sufficient to render the defendant fully liable for the damages flowing from the disc herniation. Notwithstanding the plaintiff's back problems before the accident, it was reasonable to infer a causal connection (which was supported by the evidence) between the disc herniation and the two accidents. Once it is proven that the defendant's negligence was a cause of the injury, there is no reduction of the award to reflect the existence of non-tortious background causes. The thin skull rule reinforces that conclusion.

This appeal involved a straightforward application of the thin skull rule. The pre-existing disposition may have aggravated the injuries, but the defendant must take the plaintiff as he finds him. If the defendant's

tion de la «situation originale» du demandeur et, de ce fait, elle ne réduit pas la perte nette subie par ce dernier.

L'argument des intimés fondé sur la vulnérabilité de la victime (*crumbling skull*) doit être rejeté à la lumière des faits constatés par le juge de première instance. Cette règle reconnaît simplement que l'état préexistant du demandeur était inhérent à sa «situation originale». Le défendeur n'a pas à rétablir le demandeur dans une situation meilleure que sa situation originale. Le défendeur est responsable des dommages supplémentaires mais non des dommages préexistants. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas conclu à l'existence de quelque risque mesurable que l'hernie discale se serait produite sans l'accident, et il n'y avait donc aucune raison de réduire le montant de l'indemnité pour tenir compte d'un tel risque.

La doctrine de la perte de possibilités, selon laquelle le demandeur peut être indemnisé si sa seule perte est la perte de la possibilité de profiter d'une occasion favorable ou la perte de la possibilité d'éviter un préjudice, n'avait pas à être examinée en l'espèce. Les conclusions de fait n'étaient pas la prétention que le préjudice était la perte de la possibilité d'éviter l'hernie discale. Au procès, on a plutôt conclu que les accidents avaient concrètement contribué à l'hernie discale elle-même.

L'incident au cours des exercices d'échauffement n'était pas une cause mais plutôt l'effet. C'était le préjudice. Le simple fait de s'étirer n'était pas suffisant pour causer l'hernie discale en l'absence de quelque état latent ou blessure antérieure. Personne n'a prétendu qu'il y avait eu négligence de la part de l'appelant.

Le juge de première instance a déterminé que les deux accidents ont contribué pour 25 pour 100 à l'hernie discale, contribution plus que minimale et, partant, contribution appréciable suffisante pour que le défendeur soit tenu pleinement responsable des dommages résultant de l'hernie discale. Même si le demandeur éprouvait des problèmes de dos avant les accidents, il était raisonnable d'inférer un lien de causalité (d'ailleurs étayé par la preuve) entre l'hernie discale et les deux accidents. Une fois qu'il est prouvé que le défendeur a, par sa négligence, été une cause du préjudice, le montant de l'indemnité ne doit pas être réduit pour tenir compte de l'existence de facteurs non délictuels. La règle de la vulnérabilité de la victime renforce cette conclusion.

Le présent pourvoi est un cas d'application simple de la règle de la vulnérabilité de la victime. Il est possible que la prédisposition ait aggravé les blessures du demandeur, mais le défendeur doit néanmoins prendre

negligence exacerbated the existing condition and caused it to manifest in a disc herniation, then the defendant is a cause of the disc herniation and is fully liable.

Cases Cited

Considered: *Jobling v. Associated Dairies Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 752; *Penner v. Mitchell* (1978), 89 D.L.R. (3d) 343; **referred to:** *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008; *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441; *Myers v. Peel County Board of Education*, [1981] 2 S.C.R. 21; *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615; *R. v. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114, aff'd [1989] 2 S.C.R. 979; *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *School Division of Assiniboine South, No. 3 v. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1971] 4 W.W.R. 746, aff'd [1973] 6 W.W.R. 765 (S.C.C.), [1973] S.C.R. vi; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.* (1990), 169 C.L.R. 638; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *Schrump v. Koot* (1977), 18 O.R. (2d) 337; *Graham v. Rourke* (1990), 74 D.L.R. (4th) 1; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516.

Authors Cited

Cooper-Stephenson, Ken. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Fleming, John G. "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
 King, Joseph H. "Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences" (1981), 90 *Yale L.J.* 1353.
 Munkman, John. *Damages for Personal Injuries and Death*, 9th ed. London: Butterworths, 1993.
 Sopinka, John and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1995] B.C.J. No. 666, 54 A.C.W.S. (3d) 503, dismissing an appeal from a judgment of Boyd J. (1994), 44 A.C.W.S. (3d) 908. Appeal allowed.

Thomas R. Berger, Q.C., and *Frits Verhoeven*, for the appellant.

ce dernier comme il est. Si, par sa négligence, le défendeur a exacerbé l'état existant et contribué à ce qu'il se manifeste sous forme d'hernie discale, le défendeur est alors une cause de cette hernie, et il est pleinement responsable.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Jobling c. Associated Dairies Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 752; *Penner c. Mitchell* (1978), 89 D.L.R. (3d) 343; **arrêts mentionnés:** *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *McGhee c. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008; *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441; *Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21; *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615; *R. c. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114, conf. par [1989] 2 R.C.S. 979; *Alphacell Ltd. c. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *School Division of Assiniboine South, No. 3 c. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1971] 4 W.W.R. 746, conf. par [1973] 6 W.W.R. 765 (C.S.C.), [1973] R.C.S. vi; *Mallett c. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Malec c. J. C. Hutton Proprietary Ltd.* (1990), 169 C.L.R. 638; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Schrump c. Koot* (1977), 18 O.R. (2d) 337; *Graham c. Rourke* (1990), 74 D.L.R. (4th) 1; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516.

Doctrine citée

Cooper-Stephenson, Ken. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Fleming, John G. «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *R. du B. can.* 661.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
 King, Joseph H. «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences» (1981), 90 *Yale L.J.* 1353.
 Munkman, John. *Damages for Personal Injuries and Death*, 9th ed. London: Butterworths, 1993.
 Sopinka, John and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1995] B.C.J. No. 666, 54 A.C.W.S. (3d) 503, qui a rejeté un appel interjeté contre un jugement du juge Boyd (1994), 44 A.C.W.S. (3d) 908. Pourvoi accueilli.

Thomas R. Berger, c.r., et *Frits Verhoeven*, pour l'appellant.

Patrick G. Foy and Vincent R. Orchard, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The appellant suffered back injuries in two successive motor vehicle accidents, and soon after experienced a disc herniation during a mild stretching exercise. The herniation was caused by a combination of the injuries sustained in the two motor vehicle accidents and a pre-existing disposition. The issue in this appeal is whether the loss should be apportioned between tortious and non-tortious causes where both were necessary to create the injury.

I. Facts

The appellant, Jon Athey, was injured in two motor vehicle accidents, the first of which took place in February 1991 and the second in April 1991. Before the accidents, he worked as an autobody repairman and body shop manager at Budget Rent-A-Car. He was 43 years old, with a history of minor back problems since 1972.

In the first accident, the appellant's vehicle was demolished by front and rear end collisions. He was taken to the hospital, examined and released. Almost immediately, he began to suffer from pain and stiffness in his neck and back. Physiotherapy and chiropractic treatments were prescribed and he was on the way to recovery when the second accident occurred.

In the second accident, a semitrailer truck crossed into his lane of traffic and hit his vehicle head-on. His immediate injuries did not appear to be severe. He did not lose consciousness and was able to walk from the wrecked vehicle. He continued to work full time at light tasks and managerial work but did not perform any duties involving heavy labour. The appellant continued his physiotherapy and chiropractic treatment. By the fall of

Patrick G. Foy et Vincent R. Orchard, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — D'abord blessé au dos dans deux accidents d'automobile successifs, l'appelant a peu après subi une hernie discale en faisant un léger exercice d'étirement. L'hernie a été causée par l'effet conjugué d'une prédisposition et des blessures subies lors des deux accidents d'automobile. Il faut, dans le présent pourvoi, décider s'il y a lieu de répartir la responsabilité entre les causes délictuelles et non délictuelles lorsque les deux types de causes ont été nécessaires pour donner lieu au préjudice.

I. Les faits

L'appelant, Jon Athey, a été blessé dans deux accidents d'automobile, le premier en février 1991 et le second en avril de la même année. Avant ces accidents, il a occupé les emplois de tôlier et de chef d'atelier de débosselage chez Budget Rent-A-Car. Il avait 43 ans et souffrait de légers problèmes de dos depuis 1972.

Lors du premier accident, le véhicule de l'appelant a été démolé après avoir été embouti par l'avant et par l'arrière. Après avoir été emmené à l'hôpital et examiné, l'appelant a obtenu son congé. Presque immédiatement, il a commencé à éprouver des douleurs et une raideur au cou et au dos. Des traitements de physiothérapie et de chiropraxie lui ont été prescrits, et il était en voie de rétablissement quand le second accident s'est produit.

Lors du second accident, une semi-remorque a traversé la ligne médiane et heurté de front le véhicule de l'appelant. Sur le coup, ses blessures n'ont pas semblé graves. Il n'a pas perdu conscience et a pu sortir du véhicule par ses propres moyens. Il a continué à travailler à plein temps, exécutant des tâches peu ardues et des fonctions de gestion, mais non des gros travaux. Il a continué ses traitements de physiothérapie et de chiropraxie. À l'automne

1

2

3

4

1991, his condition had improved and he was again on the road to recovery.

5 In light of the improvements in the appellant's condition, his doctor suggested that he try to resume his regular exercise routine. The appellant went to a health club where, while stretching as part of his warm-up, he felt a 'pop' in his back and immediately experienced a great deal of pain. He hobbled to the showers, dressed and returned home. By the next morning, he was unable to move. He was transported by ambulance to the hospital, where he remained for three weeks.

6 His condition was diagnosed as a disc herniation, which was ultimately treated by surgery (a discectomy) and more physiotherapy. The doctor described the result of the surgery as "good, but not excellent". Mr. Athey obtained alternative employment as a manager at another company, where he would not have heavy physical duties. The new job paid him less than the old.

7 The respondents were represented at trial by the same counsel. All parties proceeded as if there were only one defendant and only one accident, and no attempt was made to apportion fault between the respondents or between the accidents. The respondents admitted liability. There was no allegation of contributory negligence with respect to the accidents, or negligence by Mr. Athey or his doctor in resuming the exercise program. The only issue was whether the disc herniation was caused by the injuries sustained in the accidents or whether it was attributable to the appellant's pre-existing back problems.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*

8 The trial judge held that although the accidents were "not the sole cause" of the disc herniation, they played "some causative role". She stated:

de 1991, son état s'était amélioré et il était de nouveau sur le point de se rétablir.

Vu l'amélioration de l'état de l'appellant, son médecin lui a suggéré d'essayer de reprendre son programme d'exercices habituel. L'appellant s'est rendu à un centre de culture physique où, pendant qu'il s'étirait pour s'échauffer, il a ressenti un claquement dans le dos, immédiatement suivi de douleurs très vives. Il s'est dirigé en clopinant vers les douches, s'est habillé et est retourné chez lui. Le lendemain matin, il ne pouvait plus bouger. Il a été transporté en ambulance à l'hôpital, où il est resté trois semaines.

On a diagnostiqué une hernie discale, qui a été soignée au moyen d'une opération chirurgicale (discectomie) et de traitements de physiothérapie. D'après le médecin, les résultats de la chirurgie ont été [TRADUCTION] «bons, mais non excellents». Monsieur Athey s'est trouvé, chez un autre employeur, un poste de gestionnaire n'exigeant pas de travail physique ardu, mais moins bien rémunéré que son ancien emploi.

Au procès, les intimés étaient représentés par le même avocat. Toutes les parties ont agi comme s'il n'y avait qu'un seul défendeur et un seul accident, et personne n'a cherché à répartir la faute entre les intimés ou entre les accidents. Les intimés ont admis leur responsabilité. On n'a pas invoqué une quelconque négligence contributive de la victime relativement aux accidents ou une négligence de la part de M. Athey ou de son médecin pour la reprise du programme d'exercices. La seule question en litige était de savoir si l'hernie discale avait été causée par les blessures subies lors des accidents ou si elle était attribuable aux problèmes de dos préexistants de l'appellant.

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge de première instance a conclu que, même si les accidents n'avaient [TRADUCTION] «pas été la seule cause» de l'hernie discale, ils avaient été «un facteur de causalité». Elle a dit ceci:

In my view, the plaintiff has proven, on a balance of probabilities, that the injuries suffered in the two earlier accidents contributed to some degree to the subsequent disc herniation. I believe, however, that the accidents were but a minor contributing factor. To the extent that such factors can be expressed in terms of percentages, I fix the accidents causation factor as no more than 25%.

She assessed the appellant's damages, including past wage loss, future wage loss, non-pecuniary damages and special damages, at \$221,516.78. Since she held that the accidents were only a 25 percent cause of the disc herniation, she awarded 25 percent of the global amount to the appellant.

B. *Court of Appeal*, [1995] B.C.J. No. 666

Southin J.A. observed that counsel for the appellant put forward a "most interesting argument" that the appellant was entitled to 100 percent of the damages resulting from the disc herniation, given the finding of fact that the negligence of the respondents was a cause of the disc herniation. She declined to consider this argument, at paras. 8 and 9:

Unfortunately, it is plain to us that the application of those authorities, and more particularly the meaning of the phrase in them of "material contribution", was never put to the learned trial judge.

In my view, it would not be appropriate for us to address a theory of liability for the disc herniation which was not advanced before the learned trial judge who was not, in my view, in her reasons for judgment addressing the concepts of those authorities.

Accordingly, the appeal was dismissed.

III. Issues

1. Whether the Court of Appeal erred in failing to hold that the trial judge's apportionment of causation was reversible error.

[TRADUCTION] À mon avis, le demandeur a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que les blessures subies lors des deux accidents antérieurs ont, dans une certaine mesure, contribué à l'hernie discale subséquente. J'estime toutefois que les accidents n'ont été qu'un facteur de causalité mineur. Dans la mesure où de tels facteurs peuvent être exprimés en pourcentage, je fixe à tout au plus 25 pour 100 le pourcentage de contribution des accidents à la réalisation du dommage.

Elle a évalué à 221 516,78 \$ les dommages subis par l'appelant, y compris la perte de salaire pour le passé et l'avenir, les dommages non pécuniaires et les dommages spéciaux. Estimant que les accidents n'avaient contribué à causer le préjudice que dans une proportion de 25 pour 100, elle a accordé 25 pour 100 de l'indemnité globale à l'appelant.

B. *La Cour d'appel*, [1995] B.C.J. No. 666

Le juge Southin a fait observer que l'avocat de l'appelant avait avancé un [TRADUCTION] «argument des plus intéressants», savoir que, vu la conclusion de fait que la négligence des intimés était une des causes de l'hernie discale, l'appelant avait droit à la totalité des dommages-intérêts résultant de l'hernie. Elle a toutefois refusé d'examiner cet argument, disant ceci, aux par. 8 et 9:

[TRADUCTION] Malheureusement, il nous apparaît évident que l'on n'a à aucun moment fait valoir, devant le juge de première instance, que ces arrêts, en particulier, le sens de l'expression «contribution appréciable» qui s'y trouve, étaient applicables.

À mon avis, il serait inapproprié que nous examinions, eu égard à l'hernie discale, une théorie de la responsabilité que l'on n'a pas fait valoir devant le juge de première instance qui, à mon sens, n'a pas abordé dans ses motifs les principes formulés dans les décisions en question.

Par conséquent, l'appel a été rejeté.

III. Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en ne concluant pas que la répartition de la responsabilité entre les facteurs de causalité faite par le juge de première instance était une erreur donnant ouverture à révision de la décision de cette dernière?

9

10

11

2. Whether the Court of Appeal erred in limiting the scope of judicial review by declining to consider the appellant's theory of liability.

2. La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en limitant la portée du contrôle judiciaire par son refus d'examiner la théorie de la responsabilité avancée par l'appelant?

IV. Analysis

IV. L'analyse

12 The respondents' position is that where a loss is created by tortious and non-tortious causes, it is possible to apportion the loss according to the degree of causation. This is contrary to well-established principles. It has long been established that a defendant is liable for any injuries caused or contributed to by his or her negligence. If the defendant's conduct is found to be a cause of the injury, the presence of other non-tortious contributing causes does not reduce the extent of the defendant's liability.

Les intimés soutiennent que, lorsqu'un préjudice est imputable à des facteurs délictuels et non délictuels, il est possible de répartir la responsabilité en fonction du degré de causalité. Cette thèse va à l'encontre des principes bien établis. Il est établi depuis longtemps que le défendeur est responsable des dommages qu'il a, par sa négligence, causés ou contribué à causer. S'il est jugé que sa conduite a été une des causes du préjudice, la présence d'autres facteurs non délictuels ne réduit pas l'étendue de sa responsabilité.

A. *General Principles*

A. *Les principes généraux*

13 Causation is established where the plaintiff proves to the civil standard on a balance of probabilities that the defendant caused or contributed to the injury: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).

La causalité est établie si le demandeur prouve, selon la norme applicable en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités, que le défendeur a causé le préjudice ou y a contribué: *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *McGhee c. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).

14 The general, but not conclusive, test for causation is the "but for" test, which requires the plaintiff to show that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant: *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441.

Le critère général, quoique non décisif, en matière de causalité est celui du «facteur déterminant» («*but for test*»), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur: *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441.

15 The "but for" test is unworkable in some circumstances, so the courts have recognized that causation is established where the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury: *Myers v. Peel County Board of Education*, [1981] 2 S.C.R. 21; *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615 (H.L.); *McGhee v. National Coal Board*, *supra*. A contributing factor is material if it falls outside the *de minimis* range: *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw*, *supra*; see also *R. v. Pinsky* (1988), 30

Comme le critère du facteur déterminant n'est pas applicable dans certaines circonstances, les tribunaux ont reconnu que la causalité était établie si la négligence du défendeur avait «contribué de façon appréciable» au préjudice: arrêts *Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21; *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615 (H.L.); *McGhee c. National Coal Board*, précité. Un facteur concourant est important s'il a eu une incidence plus que minimale: arrêt *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*,

B.C.L.R. (2d) 114 (B.C.C.A.), aff'd [1989] 2 S.C.R. 979.

In *Snell v. Farrell*, *supra*, this Court recently confirmed that the plaintiff must prove that the defendant's tortious conduct caused or contributed to the plaintiff's injury. The causation test is not to be applied too rigidly. Causation need not be determined by scientific precision; as Lord Salmon stated in *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, at p. 490, and as was quoted by Sopinka J. at p. 328, it is "essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense". Although the burden of proof remains with the plaintiff, in some circumstances an inference of causation may be drawn from the evidence without positive scientific proof.

It is not now necessary, nor has it ever been, for the plaintiff to establish that the defendant's negligence was the sole cause of the injury. There will frequently be a myriad of other background events which were necessary preconditions to the injury occurring. To borrow an example from Professor Fleming (*The Law of Torts* (8th ed. 1992) at p. 193), a "fire ignited in a wastepaper basket is . . . caused not only by the dropping of a lighted match, but also by the presence of combustible material and oxygen, a failure of the cleaner to empty the basket and so forth". As long as a defendant is part of the cause of an injury, the defendant is liable, even though his act alone was not enough to create the injury. There is no basis for a reduction of liability because of the existence of other preconditions: defendants remain liable for all injuries caused or contributed to by their negligence.

This proposition has long been established in the jurisprudence. Lord Reid stated in *McGhee v. National Coal Board*, *supra*, at p. 1010:

It has always been the law that a pursuer succeeds if he can shew that fault of the defender caused or materi-

précité; voir aussi *R. c. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114 (C.A.C.-B.), conf. par [1989] 2 R.C.S. 979.

Dans *Snell c. Farrell*, précité, notre Cour a récemment confirmé que le demandeur doit prouver que la conduite délictueuse du défendeur a causé ou contribué à causer le préjudice. Le critère en matière de causalité ne doit pas être appliqué de façon trop rigide. La causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique. Comme l'a dit Lord Salmon dans *Alphacell Ltd. c. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, à la p. 490, passage cité par le juge Sopinka à la p. 328, il s'agit «essentiellement [d']une question de fait pratique à laquelle on peut mieux répondre par le bon sens ordinaire». Bien que la charge de la preuve incombe au demandeur, une inférence de causalité peut être tirée, dans certaines circonstances, même en l'absence de preuve scientifique positive.

Il n'est pas et il n'a jamais été nécessaire que le demandeur établisse que la négligence du défendeur a été la seule cause du préjudice. Fréquemment, une myriade d'autres facteurs ont été des préalables nécessaires à la réalisation du préjudice. Pour reprendre un exemple du professeur Fleming, (*The Law of Torts* (8^e éd. 1992), à la p. 193), [TRADUCTION] «un incendie dans une corbeille à papier est [. . .] causé non seulement par le fait d'y jeter une allumette enflammée, mais aussi par la présence de matériaux combustibles et d'oxygène, par l'omission du nettoyeur de vider le panier et par d'autres facteurs du genre». Dans la mesure où le défendeur est en partie la cause du préjudice, il engage sa responsabilité, même si son acte était insuffisant à lui seul pour concrétiser le préjudice. Il n'y a aucune raison de réduire la responsabilité parce qu'il existait d'autres préalables: le défendeur reste responsable de tout préjudice qu'il a causé ou contribué à causer par sa négligence.

Cette proposition est établie depuis longtemps dans la jurisprudence. Dans l'arrêt *McGhee c. National Coal Board*, précité, lord Reid a dit ceci, à la p. 1010:

[TRADUCTION] En droit, il est établi depuis toujours que le demandeur a gain de cause s'il peut démontrer

16

17

18

ally contributed to his injury. There may have been two separate causes but it is enough if one of the causes arose from fault of the defender. The pursuer does not have to prove that this cause would of itself have been enough to cause him injury.

que la faute du défendeur lui a causé préjudice ou y a contribué de façon appréciable. Il est possible qu'il y ait deux causes distinctes au préjudice, mais il suffit que l'une de ces causes soit imputable à la faute du défendeur. Le demandeur n'a pas à prouver que cette cause aurait été en soi suffisante pour lui causer un préjudice.

¹⁹ The law does not excuse a defendant from liability merely because other causal factors for which he is not responsible also helped produce the harm: Fleming, *supra*, at p. 200. It is sufficient if the defendant's negligence was a cause of the harm: *School Division of Assiniboine South, No. 3 v. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1971] 4 W.W.R. 746 (Man. C.A.), at p. 753, aff'd [1973] 6 W.W.R. 765 (S.C.C.), [1973] S.C.R. vi; Ken Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* (2nd ed. 1996), at p. 748.

En droit, la responsabilité du défendeur n'est pas écartée du seul fait que d'autres facteurs qui ne lui sont pas imputables ont contribué au préjudice: Fleming, *op. cit.*, à la p. 200. Il suffit que la négligence du défendeur ait été une cause du préjudice: *School Division of Assiniboine South, No. 3 c. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1971] 4 W.W.R. 746 (C.A. Man.), à la p. 753, conf. par [1973] 6 W.W.R. 765 (C.S.C.), [1973] R.C.S. vi; Ken Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* (2^e éd. 1996), à la p. 748.

²⁰ This position is entrenched in our law and there is no reason at present to depart from it. If the law permitted apportionment between tortious causes and non-tortious causes, a plaintiff could recover 100 percent of his or her loss only when the defendant's negligence was the sole cause of the injuries. Since most events are the result of a complex set of causes, there will frequently be non-tortious causes contributing to the injury. Defendants could frequently and easily identify non-tortious contributing causes, so plaintiffs would rarely receive full compensation even after proving that the defendant caused the injury. This would be contrary to established principles and the essential purpose of tort law, which is to restore the plaintiff to the position he or she would have enjoyed but for the negligence of the defendant.

Il s'agit d'un principe consacré dans notre droit, et il n'existe, à ce moment-ci, aucune raison d'y déroger. Si le droit permettait de répartir la responsabilité entre les causes délictuelles et non délictuelles, le demandeur ne pourrait recouvrer la totalité de ses pertes que si la négligence du défendeur était la seule cause du préjudice. Comme la plupart des événements résultent d'un ensemble complexe de causes, il arrive fréquemment que des facteurs non délictuels contribuent au préjudice. Par conséquent, dans bien des cas, le défendeur pourrait facilement trouver des causes non délictuelles, et le demandeur obtiendrait rarement une indemnité complète, même après avoir prouvé que le défendeur a causé le préjudice. Ce résultat serait contraire aux principes établis et au but essentiel du droit de la responsabilité civile délictuelle, qui est de rétablir le demandeur dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur.

B. *Inapplicability of Respondents' Analogies*

B. *L'inapplicabilité des analogies faites par les intimés*

²¹ The respondents attempted to relate the present case to those where apportionment had been made. Consideration of the principles of tort law shows that none of the apportionment cases is analogous to this appeal. A review of the respondents' six

Les intimés ont tenté de rapprocher la présente espèce d'autres affaires où il y a eu répartition de la responsabilité. Il ressort de l'examen des principes du droit de la responsabilité civile délictuelle qu'aucune de ces affaires de répartition n'est analogue au présent pourvoi. L'examen des six cas analogues évoqués par les intimés révélera

analogies will show why apportionment was appropriate in those cases but not here.

(1) Multiple Tortious Causes

The respondents argued that apportionment between tortious and non-tortious causes should be permitted just as it is where multiple tortfeasors cause the injury. The two situations are not analogous. Apportionment between tortious causes is expressly permitted by provincial negligence statutes and is consistent with the general principles of tort law. The plaintiff is still fully compensated and is placed in the position he or she would have been in but for the negligence of the defendants. Each defendant remains fully liable to the plaintiff for the injury, since each was a cause of the injury. The legislation simply permits defendants to seek contribution and indemnity from one another, according to the degree of responsibility for the injury.

In the present case, the suggested apportionment is between tortious and non-tortious causes. Apportionment between tortious and non-tortious causes is contrary to the principles of tort law, because the defendant would escape full liability even though he or she caused or contributed to the plaintiff's entire injuries. The plaintiff would not be adequately compensated, since the plaintiff would not be placed in the position he or she would have been in absent the defendant's negligence.

(2) Divisible Injuries

The respondents submitted that apportionment is permitted where the injuries caused by two defendants are divisible (for example, one injuring the plaintiff's foot and the other the plaintiff's arm): Fleming, *supra*, at p. 201. Separation of distinct and divisible injuries is not truly apportionment; it is simply making each defendant liable only for the injury he or she has caused, according to the usual rule. The respondents are correct that separa-

pourquoi la répartition convenait dans ces cas-là mais non dans celui qui nous intéresse.

(1) Multiples causes délictuelles

Les intimés ont soutenu que la répartition de la responsabilité entre les causes délictuelles et non délictuelles devait être autorisée, tout comme dans les cas où il y a plusieurs personnes fautives. Ces deux situations ne sont pas analogues. La répartition de la responsabilité entre les causes délictuelles est expressément permise par les lois provinciales en matière de négligence, et une telle mesure est conforme aux principes généraux du droit de la responsabilité civile délictuelle. Le demandeur obtient quand même une indemnité complète, et il est rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur. Chacun des défendeurs reste pleinement responsable du préjudice subi par le demandeur, puisque chacun a été une cause du préjudice. Les textes de loi permettent simplement à chacun des défendeurs de demander d'être indemnisé par les autres, suivant leur part de responsabilité à l'égard du préjudice.

En l'espèce, la répartition suggérée vise les causes délictuelles et non délictuelles. Une telle répartition est contraire aux principes de la responsabilité délictuelle parce que le défendeur échapperait ainsi à la pleine responsabilité, même s'il a causé ou contribué à causer la totalité du préjudice subi par le demandeur. Ce dernier ne serait pas indemnisé suffisamment, puisqu'il ne serait pas rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur.

(2) Préjudice divisible

Les intimés ont soutenu qu'il est permis de répartir la responsabilité quand le préjudice causé par deux défendeurs est divisible (par exemple lorsqu'un des défendeurs a blessé le demandeur au pied, et l'autre au bras): Fleming, *op. cit.*, à la p. 201. Le fait de séparer des préjudices distincts et divisibles ne constitue pas véritablement une répartition de la responsabilité, mais revient simplement à tenir chaque défendeur responsable uniquement

22

23

24

tion is also permitted where some of the injuries have tortious causes and some of the injuries have non-tortious causes: Fleming, *supra*, at p. 202. Again, such cases merely recognize that the defendant is not liable for injuries which were not caused by his or her negligence.

du préjudice qu'il a causé, conformément à la règle habituelle. Les intimés ont raison de dire que la séparation est également permise lorsque certains préjudices sont imputables à des causes délictuelles et d'autres à des causes non délictuelles: Fleming, *op. cit.*, à la p. 202. Encore une fois, de tels cas ne font que reconnaître que le défendeur n'est pas responsable des préjudices qui n'ont pas été causés par sa négligence.

25 In the present case, there is a single indivisible injury, the disc herniation, so division is neither possible nor appropriate. The disc herniation and its consequences are one injury, and any defendant found to have negligently caused or contributed to the injury will be fully liable for it.

En l'espèce, nous sommes en présence d'un préjudice unique et indivisible, l'hernie discale, de sorte que la division n'est ni possible ni opportune. L'hernie discale et ses conséquences constituent un préjudice unique, et tout défendeur qui sera jugé avoir, par sa négligence, causé ou contribué à causer le préjudice en sera tenu pleinement responsable.

(3) Adjustments for Contingencies

(3) Rajustements pour les aléas

26 The respondents argued that the trial judge's assessment of probabilities in causation was similar to the assessment of probabilities routinely undertaken by courts in adjusting damages to reflect contingencies. This argument overlooks the fundamental distinction between the way in which courts deal with alleged past events and the way in which courts deal with potential future or hypothetical events.

Les intimés ont plaidé que l'évaluation par le juge de première instance des causes probables est semblable à l'évaluation des probabilités que font régulièrement les tribunaux quand ils rajustent les dommages-intérêts pour tenir compte des aléas. Cet argument fait abstraction de la distinction fondamentale entre la façon dont les tribunaux considèrent les faits passés allégués et les événements futurs ou hypothétiques susceptibles de survenir.

27 Hypothetical events (such as how the plaintiff's life would have proceeded without the tortious injury) or future events need not be proven on a balance of probabilities. Instead, they are simply given weight according to their relative likelihood: *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.); *Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.* (1990), 169 C.L.R. 638 (Aust. H.C.); *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146. For example, if there is a 30 percent chance that the plaintiff's injuries will worsen, then the damage award may be increased by 30 percent of the anticipated extra damages to reflect that risk. A future or hypothetical possibility will be taken into consideration as long as it is a real and substantial possibility and not mere speculation: *Schrump v. Koot* (1977), 18 O.R. (2d) 337

Des événements hypothétiques (par exemple la vie qu'aurait menée le demandeur sans le préjudice délictuel subi) ou futurs n'ont pas à être prouvés selon la prépondérance des probabilités. Au contraire, on leur accorde simplement un certain poids en fonction de leur probabilité relative: *Mallett c. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.); *Malec c. J. C. Hutton Proprietary Ltd.* (1990), 169 C.L.R. 638 (H.C. Austr.); *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146. Par exemple, s'il y a 30 pour 100 de chances que le préjudice subi par le demandeur s'aggrave, le montant de l'indemnité peut être augmenté de 30 pour 100 des dommages-intérêts supplémentaires prévus pour refléter ce risque. Une possibilité future ou hypothétique est prise en considération à la condition qu'il s'agisse d'une possibilité réelle et substantielle et non d'une pure conjecture: *Schrump c. Koot* (1977), 18 O.R. (2d) 337 (C.A.);

(C.A.); *Graham v. Rourke* (1990), 74 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.).

By contrast, past events must be proven, and once proven they are treated as certainties. In a negligence action, the court must declare whether the defendant was negligent, and that conclusion cannot be couched in terms of probabilities. Likewise, the negligent conduct either was or was not a cause of the injury. The court must decide, on the available evidence, whether the thing alleged has been proven; if it has, it is accepted as a certainty: *Mallett v. McMonagle*, *supra*, *Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.*, *supra*; *Cooper-Stephenson*, *supra*, at pp. 67-81.

This point was expressed by Lord Diplock in *Mallett v. McMonagle*, *supra*, at p. 176:

The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.

In this case, the disc herniation occurred prior to trial. It was a past event, which cannot be addressed in terms of probabilities. The plaintiff has the burden of proving that the injuries sustained in the accidents caused or contributed to the disc herniation. Once the burden of proof is met, causation must be accepted as a certainty.

Graham c. Rourke (1990), 74 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.).

À l'opposé, les événements passés doivent être prouvés et, une fois prouvés, ils sont considérés comme des certitudes. Dans une action en négligence, le tribunal doit décider si le défendeur a été négligent, et cette conclusion ne peut pas être exprimée en probabilités. De même, ou bien la conduite négligente a été une cause du préjudice ou bien elle ne l'a pas été. Le tribunal doit décider, à la lumière de la preuve disponible, si le fait allégué a été prouvé; si oui, il est tenu pour certain: voir *Mallett c. McMonagle*, précité, et *Malec c. J. C. Hutton Proprietary Ltd.*, précité; *Cooper-Stephenson*, *op. cit.*, aux pp. 67 à 81.

Dans *Mallett c. McMonagle*, précité, lord Diplock s'est exprimé ainsi sur ce point, à la p. 176:

[TRADUCTION] Le rôle que joue la cour lorsqu'elle fait une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire ou de ce qui se serait produit doit être mis en contraste avec le rôle ordinaire qu'elle joue dans des poursuites civiles et qui consiste à déterminer ce qui s'est produit. En déterminant ce qui est arrivé dans le passé, une cour se fonde sur la prépondérance des probabilités. Ce qui est plus probable que moins probable est tenu pour certain. Mais en faisant une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire dans l'avenir ou de ce qui se serait produit par la suite si quelque chose ne s'était pas produit dans le passé, la cour doit estimer les chances qu'un événement particulier se produise ou celles qu'il se serait produit et traduire ces chances, qu'elles soient plus ou moins égales, dans le montant des dommages-intérêts qu'elle accorde.

En l'espèce, l'hernie discale est survenue avant le procès. Il s'agissait d'un fait passé, qui ne peut être exprimé en probabilités. Le demandeur a la charge de prouver que le préjudice subi lors des accidents a causé ou contribué à causer l'hernie discale. Une fois qu'il s'est acquitté de cette charge, le lien de causalité doit être tenu pour certain.

28

29

30

(4) Independent Intervening Events

31 The respondents also sought to draw an analogy with cases where an unrelated event, such as a disease or non-tortious accident, occurs after the plaintiff is injured. One such case was *Jobling v. Associated Dairies Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 752 (H.L.), in which the defendant negligently caused the plaintiff to suffer a back injury. Before the trial took place, it was discovered that the plaintiff had a condition, completely unrelated to the accident, which would have proved totally disabling in a few years. Damages were reduced accordingly. In *Penner v. Mitchell* (1978), 89 D.L.R. (3d) 343 (Alta. C.A.), damages for loss of income for 13 months were reduced because the plaintiff had a heart condition, unrelated to the accident, which would have caused her to miss three months of work in any event.

32 To understand these cases, and to see why they are not applicable to the present situation, one need only consider first principles. The essential purpose and most basic principle of tort law is that the plaintiff must be placed in the position he or she would have been in absent the defendant's negligence (the "original position"). However, the plaintiff is not to be placed in a position better than his or her original one. It is therefore necessary not only to determine the plaintiff's position after the tort but also to assess what the "original position" would have been. It is the difference between these positions, the "original position" and the "injured position", which is the plaintiff's loss. In the cases referred to above, the intervening event was unrelated to the tort and therefore affected the plaintiff's "original position". The net loss was therefore not as great as it might have otherwise seemed, so damages were reduced to reflect this.

33 In the present case, there was a finding of fact that the accident caused or contributed to the disc

(4) Faits subséquents indépendants

Les intimés ont également tenté de faire une analogie avec les cas où un fait indépendant, tel une maladie ou un accident dont la cause n'est pas délictuelle, se produit après que le demandeur a subi le préjudice. Tel était le cas dans *Jobling c. Associated Dairies Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 752 (H.L.) où le défendeur avait, par négligence, causé au demandeur une blessure au dos. Avant le procès, on a découvert que le demandeur souffrait d'un problème de santé tout à fait indépendant de l'accident et qui l'aurait rendu totalement invalide au bout de quelques années. Les dommages-intérêts ont été réduits en conséquence. Dans *Penner c. Mitchell* (1978), 89 D.L.R. (3d) 343 (C.A. Alb.), les dommages-intérêts pour la perte de 13 mois de revenu ont été réduits parce que le demandeur était atteint d'une maladie cardiaque sans rapport avec l'accident et qui l'aurait obligé de toute façon à s'absenter du travail pendant trois mois.

Pour bien comprendre ces cas et les raisons pour lesquelles ils ne s'appliquent pas dans la présente situation, il suffit d'examiner les principes fondamentaux. L'objet essentiel, le principe le plus fondamental du droit de la responsabilité délictuelle est que le demandeur doit être rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur (la «situation originale»). Toutefois, le demandeur ne doit pas être placé dans une situation meilleure que sa situation originale. Il est donc nécessaire non seulement d'établir quelle est la situation du demandeur après le délit, mais également d'évaluer ce qu'aurait été sa «situation originale». C'est la différence entre ces deux situations, la «situation originale» et la «situation après le préjudice», qui correspond à la perte subie par le demandeur. Dans les cas mentionnés précédemment, le fait subséquent n'avait aucun rapport avec le délit et avait donc une incidence sur la «situation originale». La perte nette était donc moins importante qu'elle semblait par ailleurs, de sorte que le tribunal a réduit les dommages-intérêts pour tenir compte de cette différence.

En l'espèce, il y a une conclusion de fait selon laquelle l'accident a causé ou contribué à causer

herniation. The disc herniation was not an independent intervening event. The disc herniation was a product of the accidents, so it does not affect the assessment of the plaintiff's "original position" and thereby reduce the net loss experienced by the plaintiff.

(5) The Thin Skull and "Crumbling Skull" Doctrines

The respondents argued that the plaintiff was predisposed to disc herniation and that this is therefore a case where the "crumbling skull" rule applies. The "crumbling skull" doctrine is an awkward label for a fairly simple idea. It is named after the well-known "thin skull" rule, which makes the tortfeasor liable for the plaintiff's injuries even if the injuries are unexpectedly severe owing to a pre-existing condition. The tortfeasor must take his or her victim as the tortfeasor finds the victim, and is therefore liable even though the plaintiff's losses are more dramatic than they would be for the average person.

The so-called "crumbling skull" rule simply recognizes that the pre-existing condition was inherent in the plaintiff's "original position". The defendant need not put the plaintiff in a position better than his or her original position. The defendant is liable for the injuries caused, even if they are extreme, but need not compensate the plaintiff for any debilitating effects of the pre-existing condition which the plaintiff would have experienced anyway. The defendant is liable for the additional damage but not the pre-existing damage: Cooper-Stephenson, *supra*, at pp. 779-780 and John Munkman, *Damages for Personal Injuries and Death* (9th ed. 1993), at pp. 39-40. Likewise, if there is a measurable risk that the pre-existing condition would have detrimentally affected the plaintiff in the future, regardless of the defendant's negligence, then this can be taken into account in reducing the overall award: *Graham v. Rourke*, *supra*; *Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.*, *supra*; Cooper-Stephenson, *supra*, at pp. 851-852. This is consistent with the general rule that the plaintiff must be returned to the position he would

l'hernie discale. L'hernie n'était pas un fait subséquent indépendant. L'hernie a été le résultat des accidents, de sorte qu'elle n'a pas d'incidence sur l'évaluation de la «situation originale» du demandeur et, de ce fait, elle ne réduit pas la perte nette subie par ce dernier.

(5) La doctrine de la vulnérabilité de la victime (crumbling skull ou thin skull)

Les intimés ont affirmé que le demandeur avait une prédisposition à subir une hernie discale et qu'il y a donc lieu d'appliquer la règle de la vulnérabilité de la victime, qui repose sur le principe assez simple que l'auteur du délit est responsable des dommages subis par le demandeur, même s'ils sont d'une gravité imprévue en raison d'une prédisposition. L'auteur du délit doit prendre sa victime comme elle est, et il est donc responsable même si le préjudice subi par le demandeur est plus considérable que si la victime avait été une personne ordinaire.

La règle de la vulnérabilité de la victime reconnaît simplement que l'état préexistant du demandeur était inhérent à sa «situation originale». Le défendeur n'a pas à rétablir le demandeur dans une meilleure situation que sa situation originale. Le défendeur est responsable du préjudice causé, même s'il est très grave, mais il n'a pas à indemniser le demandeur des effets débilissants qui sont imputables à l'état préexistant et que ce dernier aurait subis de toute façon. Le défendeur est responsable des dommages supplémentaires mais non des dommages préexistants: Cooper-Stephenson, *op. cit.*, aux pp. 779 et 780; et John Munkman, *Damages for Personal Injuries and Death* (9^e éd. 1993), aux pp. 39 et 40. De même, s'il y a un risque mesurable que l'état préexistant aurait entraîné des conséquences nuisibles pour le demandeur dans l'avenir, indépendamment de la négligence du défendeur, il peut alors en être tenu compte pour réduire le montant de l'indemnité globale: *Graham c. Rourke* et *Malec c. J. C. Hutton Proprietary Ltd.*, précités; Cooper-Stephenson, *op. cit.*, aux pp. 851 et 852. Ce résultat est conforme à la règle générale suivant laquelle il faut rétablir le demandeur dans la situation où il aurait été, avec

34

35

have been in, with all of its attendant risks and shortcomings, and not a better position.

ses risques et ses inconvénients, et non dans une meilleure situation.

36 The “crumbling skull” argument is the respondents’ strongest submission, but in my view it does not succeed on the facts as found by the trial judge. There was no finding of any measurable risk that the disc herniation would have occurred without the accident, and there was therefore no basis to reduce the award to take into account any such risk.

L’argument fondé sur la vulnérabilité de la victime est l’argument le plus solide des intimés, mais il doit, à mon avis, être rejeté à la lumière des faits constatés par le juge de première instance. Celle-ci n’a pas conclu à l’existence de quelque risque mesurable que l’hernie discale se serait produite sans l’accident, et il n’y avait donc aucune raison de réduire le montant de l’indemnité pour tenir compte d’un tel risque.

(6) The Loss of Chance Doctrine

(6) La doctrine de la perte de possibilités

37 The respondents submitted that the accidents merely increased the risk of herniation, and that the defendant is liable only for that increase in risk. This is an application of the “loss of chance” doctrine which is the subject of considerable controversy: see Joseph H. King, “Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences” (1981), 90 *Yale L.J.* 1353; John G. Fleming, “Probabilistic Causation in Tort Law” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.

Les intimés ont soutenu que les accidents avaient simplement accru le risque d’hernie et que le défendeur est responsable seulement de cet accroissement du risque. C’est un cas d’application de la doctrine de la «perte de possibilités», laquelle est très controversée: voir Joseph H. King, «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences» (1981), 90 *Yale L.J.* 1353; John G. Fleming, «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *R. du B. can.* 661.

38 The doctrine suggests that plaintiffs may be compensated where their only loss is the loss of a chance at a favourable opportunity or of a chance of avoiding a detrimental event. In this case, the loss would arguably be the loss of a chance of avoiding the disc herniation. However, this contention is not supported by the factual findings. The trial judge made no findings suggesting that the injury was a loss of chance of avoiding a disc herniation. The finding at trial was that the accidents contributed to the actual disc herniation itself. It is therefore unnecessary to consider the loss of chance doctrine, and these reasons neither approve nor disapprove of the doctrine.

Selon cette doctrine, le demandeur peut être indemnisé si sa seule perte est la perte de la possibilité de profiter d’une occasion favorable ou la perte de la possibilité d’éviter un événement préjudiciable. En l’espèce, il est possible d’affirmer qu’il s’agit de la perte de la possibilité d’éviter l’hernie discale. Toutefois, cette prétention n’est pas étayée par les conclusions de fait. Le juge de première instance n’a pas tiré de conclusion tendant à indiquer que le préjudice était la perte de la possibilité d’éviter l’hernie discale. Au procès, on a plutôt conclu que les accidents avaient contribué à l’hernie discale elle-même. Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’examiner la doctrine de la perte de possibilités, et les présents motifs n’ont pas pour effet d’approuver ou de désapprouver cette doctrine.

C. *Application of Principles to Facts*

C. *L’application des principes aux faits*

39 A matter to be resolved is the identification of the competing causes. Some of the trial judge’s

Une des questions qui doit être tranchée est celle de la détermination des différentes causes pos-

comments suggest that the “Fitness World incident” was a possible cause of the herniation. The “Fitness World incident” was not a cause; it was the effect. It was the injury. Mere stretching alone was not sufficient to cause disc herniation in the absence of some latent disposition or previous injuries. There was no suggestion that it was negligent of the appellant to attempt to exercise or that he exercised in a negligent manner.

Some latent weakness spontaneously manifested itself during the stretching, and the issue is whether the weakness was because of the accidents or a pre-existing condition. The reasons of the trial judge show that she understood this. She referred to the appellant’s poor spinal health, his history of back problems, and to the fact that there had been no herniation or injury to the disc prior to the accidents. The competing causes in this case were the injuries sustained in the accidents and a pre-existing disposition to back problems.

The applicable principles can be summarized as follows. If the injuries sustained in the motor vehicle accidents caused or contributed to the disc herniation, then the defendants are fully liable for the damages flowing from the herniation. The plaintiff must prove causation by meeting the “but for” or material contribution test. Future or hypothetical events can be factored into the calculation of damages according to degrees of probability, but causation of the injury must be determined to be proven or not proven. This has the following ramifications:

1. If the disc herniation would likely have occurred at the same time, without the injuries sustained in the accident, then causation is not proven.
2. If it was necessary to have both the accidents and the pre-existing back condition for the herniation to occur, then causation is proven, since the herniation would not have occurred but for the accidents. Even if the accidents played a

sibles. Certaines remarques du juge de première instance semblent indiquer que «l’incident survenu au Fitness World» était une cause possible de l’hernie. Cet incident n’était pas une cause mais l’effet. C’était le préjudice. Le simple fait de s’étirer n’était pas suffisant pour causer l’hernie discale en l’absence de quelque état latent ou blessure antérieure. Ces remarques ne laissent aucunement supposer que l’appelant a fait preuve de négligence en tentant de faire des exercices ou qu’il les a accomplis de manière négligente.

Une faiblesse latente s’est manifestée spontanément durant l’exercice d’étirement, et il s’agit de décider si la faiblesse était due aux accidents ou à une prédisposition. Il ressort des motifs du juge de première instance qu’elle avait saisi ce point. Elle a fait état du mauvais état de la colonne vertébrale de l’appelant, de ses antécédents de problèmes de dos et du fait qu’aucune hernie ou autre blessure du disque n’avait été observée avant les accidents. En l’espèce, les causes possibles étaient les blessures résultant des accidents et une prédisposition aux problèmes de dos.

Les principes applicables peuvent se résumer ainsi. Si les blessures subies lors des accidents d’automobile ont causé ou contribué à causer l’hernie discale, les défendeurs sont pleinement responsables des dommages découlant de l’hernie. Le demandeur doit prouver le lien de causalité en satisfaisant au critère du facteur déterminant ou de la contribution appréciable. Les faits futurs ou hypothétiques sont des facteurs qui peuvent être pris en considération, selon leur degré de probabilité, dans le calcul du montant des dommages-intérêts, mais il faut déterminer si la cause du préjudice a été prouvée ou non. Voici les solutions possibles à la lumière de ces principes:

1. Si l’hernie discale se serait probablement produite au même moment, sans les blessures subies dans les accidents, le lien de causalité n’a pas été prouvé.
2. Si, pour que l’hernie se produise, tant les accidents que les problèmes de dos préexistants étaient nécessaires, alors le lien de causalité a été prouvé puisque l’hernie ne se serait pas produite n’eût été les accidents. Même si les acci-

40

41

minor role, the defendant would be fully liable because the accidents were still a necessary contributing cause.

3. If the accidents alone could have been a sufficient cause, and the pre-existing back condition alone could have been a sufficient cause, then it is unclear which was the cause-in-fact of the disc herniation. The trial judge must determine, on a balance of probabilities, whether the defendant's negligence materially contributed to the injury.

42 The findings of the trial judge are slightly ambiguous. She awarded only 25 percent of the global damages because she held that the accidents were a "causation factor" of 25 percent. Taken out of context, this could be read as meaning that there was a 25 percent chance that the injury was caused by the accidents, and a 75 percent chance that it was caused by the pre-existing condition. In that case, causation would simply not be proven. However, it is clear from the reasons for judgment that this is not what the trial judge concluded.

43 The findings of the trial judge indicate that it was necessary to have both the pre-existing condition and the injuries from the accidents to cause the disc herniation in this case. She made a positive finding that the accidents contributed to the injury, but that the injuries suffered in the two accidents were "not the sole cause" of the herniation. She expressly found that "the herniation was not unrelated to the accidents" and that the accidents "contributed to some degree" to the subsequent herniation. She concluded that the injuries in the accidents "played some causative role, albeit a minor one". These findings indicate that it was the combination of the pre-existing condition and the injuries sustained in the accidents which caused the herniation. Although the accidents played a lesser role than the pre-existing problems, the acci-

dents ont joué un rôle mineur, le défendeur est pleinement responsable, parce que les accidents étaient néanmoins un facteur nécessaire.

3. Si les accidents auraient pu à eux seuls être une cause suffisante et si les problèmes de dos préexistants auraient pu à eux seuls être une cause suffisante, alors il est impossible de dire avec certitude laquelle de ces causes a été la cause efficiente de l'hernie discale. Le juge de première instance doit déterminer, selon la prépondérance des probabilités, si la négligence du défendeur a contribué de façon appréciable au préjudice.

Les conclusions du juge de première instance sont un peu ambiguës. Elle a accordé seulement 25 pour 100 du montant global des dommages-intérêts parce qu'elle a estimé que les accidents ont été [TRADUCTION] «un facteur de causalité» dans une proportion de 25 pour 100. Pris hors contexte, ces mots pourraient être interprétés comme signifiant qu'il y avait une probabilité de 25 pour 100 que le préjudice ait été causé par les accidents, et de 75 pour 100 qu'il l'ait été par l'état préexistant. Si c'était le cas, le lien de causalité n'aurait simplement pas été prouvé. Toutefois, il ressort clairement des motifs du juge de première instance que ce n'est pas cette conclusion qu'elle a tirée.

Les conclusions du juge indiquent que, pour que l'hernie discale se produise en l'espèce, tant l'état préexistant que les accidents étaient nécessaires. Elle a conclu de façon claire que les accidents avaient contribué au préjudice, mais que les blessures subies dans les deux accidents n'avaient [TRADUCTION] «pas été la seule cause» de l'hernie. Elle a expressément conclu que «l'hernie n'était pas sans rapport avec les accidents», et que ceux-ci «avaient contribué dans une certaine mesure» à l'hernie subséquente. Elle a statué que les blessures subies dans les accidents «ont eu un certain effet causal, quoique mineur». Ces conclusions indiquent que c'est l'effet conjugué des problèmes de dos préexistants et des blessures subies dans les accidents qui a causé l'hernie. Même si les accidents ont joué un rôle moins important que les pro-

dents were nevertheless a necessary ingredient in bringing about the herniation.

The trial judge's conclusion on the evidence was that "[i]n my view, the plaintiff has proven, on a balance of probabilities, that the injuries suffered in the two earlier accidents contributed to some degree to the subsequent disc herniation". She assessed this contribution at 25 percent. This falls outside the *de minimis* range and is therefore a material contribution: *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw, supra*. This finding of material contribution was sufficient to render the defendant fully liable for the damages flowing from the disc herniation.

The finding of material contribution was not unreasonable. Although the plaintiff had experienced back problems before the accidents, there was no evidence of herniation or insult to the disc and no history of complaints of sciatica. When a plaintiff has two accidents which both cause serious back injuries, and shortly thereafter suffers a disc herniation during a mild exercise which he frequently performed prior to the accidents, it seems reasonable to infer a causal connection.

The trial judge found that the plaintiff's condition was improving when the herniation occurred, but this also means that the plaintiff was still to some extent suffering from the back injuries from the accidents. The inference of causal link was supported by medical evidence and was reasonable.

This appeal involves a straightforward application of the thin skull rule. The pre-existing disposition may have aggravated the injuries, but the defendant must take the plaintiff as he finds him. If the defendant's negligence exacerbated the existing condition and caused it to manifest in a disc herniation, then the defendant is a cause of the disc herniation and is fully liable.

blèmes préexistants, les accidents ont néanmoins été un élément nécessaire à la manifestation de l'hernie.

À la lumière de la preuve, le juge de première instance a conclu en ces termes: [TRADUCTION] «À mon avis, le demandeur a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que les blessures subies lors des deux accidents antérieurs ont contribué dans une certaine mesure à l'hernie discale subséquente». Elle a évalué cette contribution à 25 pour 100. Il s'agit d'une contribution plus que minimale et donc d'une contribution appréciable: *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, précité. Cette conclusion à l'existence d'une contribution appréciable était suffisante pour que le défendeur soit tenu pleinement responsable des dommages résultant de l'hernie discale.

Il n'était pas déraisonnable de conclure à l'existence d'une contribution appréciable. Même si le demandeur avait eu des problèmes de dos avant les accidents, il n'y avait aucune preuve d'hernie ou de lésion antérieure du disque, et aucun antécédent de sciatique. Quand un demandeur est victime de deux accidents qui lui causent de graves blessures au dos et que, peu après, il est atteint d'une hernie discale durant de légers exercices qu'il faisait souvent avant les accidents, il semble raisonnable d'inférer l'existence d'un lien de causalité.

Le juge de première instance a conclu que l'état du demandeur s'améliorait quand l'hernie s'est produite, mais cela signifie aussi que le demandeur souffrait encore jusqu'à un certain point des blessures au dos subies dans les accidents. L'inférence de l'existence d'un lien de causalité était appuyée par les antécédents médicaux, et elle était raisonnable.

Le présent pourvoi est un cas d'application simple de la règle de la vulnérabilité de la victime. Il est possible que la prédisposition ait aggravé les blessures du demandeur, mais le défendeur doit néanmoins prendre ce dernier comme il est. Si, par sa négligence, le défendeur a exacerbé l'état existant et contribué à ce qu'il se manifeste sous forme d'hernie discale, le défendeur est alors une cause de cette hernie, et il est pleinement responsable.

44

45

46

47

48 Had the trial judge concluded (which she did not) that there was some realistic chance that the disc herniation would have occurred at some point in the future without the accident, then a reduction of the overall damage award may have been considered. This is because the plaintiff is to be returned to his "original position", which might have included a risk of spontaneous disc herniation in the future. However, in the absence of such a finding, it remains "speculative" and need not be taken into consideration: *Schrump v. Koot, supra*; *Graham v. Rourke, supra*. The plaintiff is entitled to the full amount of the damages as found by the trial judge.

D. Conclusion

49 The trial judge erred in failing to hold the defendant fully liable for the disc herniation after finding that the defendant had materially contributed to it. Once it is proven that the defendant's negligence was a cause of the injury, there is no reduction of the award to reflect the existence of non-tortious background causes. In this case, the thin skull rule reinforces that conclusion.

50 The Court of Appeal erred in failing to reverse the trial judge's error. The Court of Appeal refused to consider the appellant's arguments because they had not been advanced before the trial judge. If the Court of Appeal intended to suggest that the appellant's theory was novel, with respect that is not so. It is a well-established principle that a defendant is liable for any injuries for which the defendant's negligence is a cause.

51 In any event, the Court of Appeal erred in refusing to consider the appellant's arguments on the grounds they were not raised at trial. The general rule is that an appellant may not raise a point that was not pleaded, or argued in the trial court, unless all the relevant evidence is in the record: John Sopinka and Mark A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. 51. In this case, all relevant evidence was part of the record. In fact, all the req-

Si le juge de première instance avait conclu (ce qu'elle n'a pas fait) qu'il y avait une chance réaliste que l'hernie discale se produise à un moment donné dans l'avenir, même en l'absence de l'accident, une réduction du montant de l'indemnité globale aurait alors pu être envisagée. Il en est ainsi parce que le demandeur doit être rétabli dans sa «situation originale», laquelle aurait pu comporter un risque d'hernie discale spontanée dans l'avenir. Toutefois, en l'absence d'une telle conclusion, une telle possibilité ne relève que de «conjectures» et n'a pas à être prise en considération: *Schrump c. Koot* et *Graham c. Rourke*, précités. Le demandeur a droit au plein montant des dommages-intérêts auquel a conclu le juge de première instance.

D. Conclusion

Le juge de première instance a fait erreur en ne tenant pas le défendeur pleinement responsable de l'hernie discale malgré sa conclusion que celui-ci avait contribué de façon appréciable à ce qu'elle se produise. Une fois qu'il est prouvé que le défendeur a été, par sa négligence, une cause du préjudice, le montant accordé ne doit pas être réduit pour tenir compte de l'existence de facteurs non délictuels. En l'espèce, la règle de la vulnérabilité de la victime renforce cette conclusion.

La Cour d'appel a commis une erreur en n'infirmant pas la décision erronée du juge de première instance. Elle a refusé d'examiner les arguments de l'appelant parce qu'ils n'avaient pas été plaidés devant le juge de première instance. Si la Cour d'appel voulait indiquer que la théorie de l'appelant était nouvelle, en toute déférence ce n'est pas le cas. Le fait qu'un défendeur est responsable du préjudice dont sa négligence est une des causes est un principe bien établi.

Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a fait erreur en refusant d'examiner les arguments de l'appelant parce qu'ils n'ont pas été soulevés au procès. La règle générale est qu'un appelant ne peut soulever un point qui n'a pas été plaidé ou débattu au procès, sauf si toute la preuve pertinente figure au dossier: John Sopinka et Mark A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. 51. En l'espèce, toute la preuve pertinente faisait partie du

uisite findings of fact had been made. The point raised by the appellant was purely a question of law.

Most importantly, the respondents did not suffer prejudice, since they would not have proceeded any differently even if the appellant had expressly relied on *McGhee v. National Coal Board* and *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw*, *supra*, from the very beginning. The defence theory was that the disc herniation was not causally related in any way to the injuries suffered in the motor vehicle accidents. The respondents could not have made any more emphatic defence than this. This was a case where “had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it”: *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at p. 539, *per* Duff J. (as he then was). Given that the appellant’s arguments raised an issue of law which did not require any further evidence (or indeed any further findings of fact) and which would not have caused any prejudice to the respondents, it was an error for the Court of Appeal to refuse to consider the argument.

The appeal is allowed. Judgment is entered for the appellant for the full global amount of \$221,516.78 plus interest and costs throughout.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Ladner, Downs, Vancouver.

dossier. De fait, toutes les conclusions de fait nécessaires avaient été tirées. Le point soulevé par l’appelant était purement une question de droit.

Fait le plus important, les intimés n’ont subi aucun préjudice, puisqu’ils n’auraient pas agi différemment, même si l’appelant s’était appuyé sur les arrêts *McGhee c. National Coal Board* et *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, précités, dès le départ. La thèse de la défense était qu’il n’y avait aucun lien de causalité entre l’hernie discale et les blessures subies dans les accidents automobiles. Les intimés n’auraient pu présenter une défense plus vigoureuse que celle-là. Il s’agit d’un cas où [TRADUCTION] «même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n’aurait pas été éclaircie davantage»: *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, à la p. 539, le juge Duff (plus tard Juge en chef). Comme les arguments de l’appelant soulevaient une question de droit qui n’exigeait pas de preuve additionnelle (ou même de conclusions de fait supplémentaires) et qui n’aurait pas causé de préjudice aux intimés, la Cour d’appel a fait erreur en refusant d’examiner les arguments de l’appelant.

Le pourvoi est accueilli. Jugement est rendu en faveur de l’appelant pour le plein montant de l’indemnité de 221 516,78 \$, majoré des intérêts et des dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appelant: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureurs des intimés: Ladner, Downs, Vancouver.

Canadian Broadcasting Corporation *Appellant*

v.

The Attorney General for New Brunswick, His Honour Douglas Rice and Gerald Carson *Respondents*

and

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

INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 24305.

1996: March 29; 1996: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Trial judge excluding public and media from courtroom during part of accused's sentencing proceedings — Whether s. 486(1) of Criminal Code infringes freedoms of expression and of the press — If so, whether s. 486(1) justifiable in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1).

Criminal law — Exclusion of public from court — Trial judge excluding public and media from courtroom during part of accused's sentencing proceedings — Whether trial judge exceeded his jurisdiction in making such order — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1).

La Société Radio-Canada *Appelante*

c.

Le procureur général du Nouveau-Brunswick, le juge Douglas Rice et Gerald Carson *Intimés*

et

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

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 24305.

1996: 29 mars; 1996: 31 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Le juge du procès a ordonné l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine de l'accusé — L'article 486(1) du Code criminel porte-t-il atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de la presse? — Dans l'affirmative, l'art. 486(1) est-il justifiable dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1).

Droit criminel — Exclusion du public de la salle d'audience — Le juge du procès a ordonné l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine de l'accusé — Le juge du procès a-t-il outrepassé sa compétence en rendant cette ordonnance? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1).

The accused pleaded guilty to two charges of sexual assault and two charges of sexual interference involving young female persons. On a motion by the Crown, consented to by defence counsel, the trial judge ordered the exclusion of the public and the media from those parts of the sentencing proceedings dealing with the specific acts committed by the accused, pursuant to s. 486(1) of the *Criminal Code*. The order was sought on the basis of the nature of the evidence, which the court had not yet heard and which purportedly established that the offence was of a "very delicate" nature. The exclusion order remained in effect for approximately 20 minutes. Afterwards, following a request by the CBC, the trial judge gave reasons for making the exclusion order, stating that it had been rendered in the interests of the "proper administration of justice"; it would avoid "undue hardship on the persons involved, both the victims and the accused". The CBC challenged the constitutionality of s. 486(1) before the Court of Queen's Bench. The court held that s. 486(1) constituted an infringement on the freedom of the press protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but that the infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*. The court also held that the trial judge had not exceeded his jurisdiction in making the exclusion order. The Court of Appeal affirmed the judgment.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *Constitutional law issue*

The open court principle is one of the hallmarks of a democratic society, fostering public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice. This principle is inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts and the right of members of the public to obtain information about them are clearly within the ambit of s. 2(b). As well, s. 2(b) protects the freedom of the press to gather and disseminate this information. Members of the public in general rely and depend on the media to inform them and, as a vehicle through which information pertaining to courts is transmitted, the press must be guaranteed access to the courts in order to gather information. Measures that prevent the media from gathering that information, and from disseminating it to the public, restrict the freedom of the press guaranteed by s. 2(b). To the extent that such measures prohibit public access to the courts and to information about the courts, they may also be said to restrict freedom of expression in so far as it encompasses the

L'accusé a plaidé coupable à l'égard de deux chefs d'agression sexuelle et de deux chefs de contacts sexuels mettant en cause de jeunes personnes de sexe féminin. Sur requête présentée par le ministère public et à laquelle a consenti l'avocat de la défense, le juge du procès a ordonné, en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, que les médias et le public soient exclus de la partie des procédures de détermination de la peine portant sur les actes précis commis par l'accusé. L'ordonnance a été demandée en raison de la nature de la preuve, que la cour n'avait pas encore entendue et qui était censée établir que l'infraction était de nature «très délicate». Elle est restée en vigueur pendant environ 20 minutes. Par la suite, la SRC lui ayant demandé de motiver son ordonnance, le juge du procès a expliqué qu'il l'avait rendue dans l'intérêt de la «bonne administration de la justice», qu'elle éviterait un «préjudice indu considérable aux personnes concernées, tant les victimes que l'accusé». La SRC a contesté la constitutionnalité du par. 486(1) devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, qui a jugé que le par. 486(1) constitue une atteinte à la liberté de la presse protégée par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que cette atteinte était justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. La cour a en outre statué que le juge du procès n'avait pas outrepassé sa compétence en ordonnant l'exclusion du public. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *Question de droit constitutionnel*

Le principe de la publicité des débats en justice est l'une des caractéristiques d'une société démocratique. Il favorise la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. Ce principe est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2b) de la *Charte*. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur le fonctionnement des tribunaux, ainsi que le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux, relèvent clairement de la liberté garantie à l'al. 2b). De plus, l'al. 2b) protège la liberté de la presse de recueillir et de diffuser cette information. Les membres du public comptent en général sur les médias pour être informés et, en tant que véhicule par lequel l'information sur les tribunaux est communiquée, la presse doit se voir garantir l'accès aux tribunaux nécessaire pour qu'elle puisse recueillir cette information. Des mesures qui empêchent les médias de recueillir l'information et de la diffuser limitent la liberté de la presse garantie à l'al. 2b). Si de telles mesures empêchent le public d'avoir accès aux tribunaux et à l'information concernant ceux-ci, il est éga-

freedom of listeners to obtain information that fosters public criticism of the courts. The recognition of the importance of public access to the courts as a fundamental aspect of our democratic society should not be understood, however, as affirming a right to be physically present in the courtroom; there may be a shortage of space. Nor should it be seen as extending public access to all venues within which the criminal law is administered. By its facial purpose, s. 486(1) of the *Code* restricts expressive activity, in particular the free flow of ideas and information, in providing a discretionary bar on public and media access to the courts. This is sufficient to ground a violation of s. 2(b).

The exclusion of the public under s. 486(1) of the *Code* is a means by which the court may control the publicity of its proceedings with a view to protecting the innocent and safeguarding privacy interests and thereby afford a remedy to the underreporting of sexual offences. This provision constitutes a reasonable limit on the freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Section 486(1) is aimed at preserving the general principle of openness in criminal proceedings to the extent that openness is consistent with and advances the proper administration of justice. In situations where openness conflicts with the proper administration of justice, s. 486(1) purports to further the proper administration of justice by permitting covertness where necessary. This objective is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom. Section 486(1) is also proportionate to the legislative objective. First, the means adopted — a discretionary power in the trial judge to exclude the public where it is in the interests of the proper administration of justice — is rationally connected to the objective. The trial judge must exercise his discretion in conformity with the *Charter* and the grant of this judicial discretion necessarily ensures that any order made under s. 486(1) will serve the objective of furthering the administration of justice. If it is not rationally connected to the objective, then the order will constitute an error of law. Second, s. 486(1) impairs the rights under s. 2(b) as little as reasonably possible in order to achieve the objective. The discretion conferred on trial judges by s. 486(1) is not overbroad. Section 486(1) provides an intelligible and workable standard — the proper administration of justice — according to which the judiciary can exercise the discretion conferred. It also arms the judiciary with a useful and flexi-

ment possible de dire qu'elles limitent la liberté d'expression, dans la mesure où celle-ci englobe la liberté des auditeurs d'obtenir de l'information qui favorise la critique publique des tribunaux. Toutefois, la reconnaissance de l'importance de l'accès du public aux tribunaux en tant qu'aspect fondamental de notre société démocratique ne doit pas être considérée comme la confirmation de l'existence d'un droit d'assister en personne aux séances des tribunaux; il est possible qu'il y ait manque d'espace. Elle ne saurait non plus être considérée comme ayant pour effet d'accorder au public l'accès à tous les lieux où la justice pénale est rendue. De par son objet manifeste, le par. 486(1) du *Code* limite les activités d'expression, en particulier la libre circulation des idées et de l'information, en créant un pouvoir discrétionnaire permettant d'interdire au public et aux médias l'accès aux tribunaux. Voilà qui suffit à établir une violation de l'al. 2b).

L'exclusion du public en vertu du par. 486(1) du *Code* est le moyen par lequel le tribunal peut contrôler la publicité de ses procédures en vue de protéger l'innocent et de sauvegarder la vie privée, et, partant, permet d'accroître le signalement des infractions sexuelles. Cette disposition constitue une restriction raisonnable des libertés garanties à l'al. 2b) de la *Charte*. Le paragraphe 486(1) vise à préserver le principe général de la publicité des procédures criminelles dans la mesure où cette publicité est compatible avec la bonne administration de la justice et la favorise. Dans les cas où la publicité va à l'encontre de la bonne administration de la justice, la disposition législative vise à favoriser la bonne administration de la justice en autorisant le huis clos lorsque la chose est nécessaire. Cet objectif présente une importance suffisante pour justifier la restriction d'une liberté protégée par la Constitution. En outre, le par. 486(1) est proportionné à l'objectif visé. Premièrement, le moyen choisi — en l'occurrence le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'exclure le public lorsque cela est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice — a un lien rationnel avec l'objectif. Le juge du procès doit exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*, et en conférant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire le par. 486(1) garantit nécessairement que toute ordonnance rendue sert l'objectif qui consiste à favoriser la bonne administration de la justice. Si elle n'a pas un lien rationnel avec l'objectif, l'ordonnance constituera alors une erreur de droit. Deuxièmement, le par. 486(1) restreint aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire les droits garantis à l'al. 2b) pour réaliser l'objectif. Le pouvoir discrétionnaire qui est conféré au juge du procès par le par. 486(1) n'a pas une portée excessive. Le paragraphe 486(1)

ble interpretative tool to accomplish its goal of preserving the openness principle, subject to what is required by the proper administration of justice. Again, since the discretion must be exercised in a manner that conforms with the *Charter*, the discretionary aspect of s. 486(1) guarantees that the impairment is minimal. An order that fails to impair the rights at stake as little as possible will constitute an error. Third, the salutary effects of s. 486(1) outweigh the deleterious effects. Parliament has attempted to balance the different interests affected by s. 486(1) by ensuring a degree of flexibility in the form of judicial discretion, and by making openness the general rule and permitting exclusion of the public only when public accessibility would not serve the proper administration of justice. The discretion necessarily requires that the trial judge weigh the importance of the interests the order seeks to protect against the importance of openness and specifically the particular expression that is limited. In this way, proportionality is guaranteed by the nature of the judicial discretion. In deciding whether to order exclusion of the public pursuant to s. 486(1), a trial judge should bear in mind whether the type of expression that may be impaired by the order infringes upon the core values sought to be protected.

(2) *Criminal law issue*

In applying s. 486(1) to order the exclusion of the public, the trial judge must exercise his discretion in conformity with the *Charter*. He must (a) consider available options and whether there are any other reasonable and effective alternatives available; (b) consider whether the order is limited as much as possible; and (c) weigh the importance of the objectives of the particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate. Additionally, the burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application. The applicant bears the burden of proving: that the particular order is necessary, in terms of relating to the proper administration of justice; that the order is as limited as possible; and that

énonce une norme intelligible et pratique — la bonne administration de la justice — suivant laquelle le pouvoir judiciaire peut exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. Le paragraphe 486(1) fournit également au pouvoir judiciaire un outil d'interprétation souple et utile pour réaliser son objectif de préservation du principe de la publicité des débats en justice, sous réserve des exigences de la bonne administration de la justice. Encore une fois, compte tenu du fait qu'il doit être exercé d'une manière conforme à la *Charte*, l'aspect discrétionnaire du par. 486(1) garantit que l'atteinte sera minimale. Une ordonnance qui ne restreindrait pas le moins possible les droits en cause constituerait une erreur. Troisièmement, les effets bénéfiques du par. 486(1) l'emportent sur ses effets préjudiciables. Le législateur fédéral a tenté d'établir l'équilibre entre les différents intérêts touchés par le par. 486(1) en assurant une certaine souplesse par l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire au tribunal, et en faisant de la publicité des débats en justice la règle générale, l'exclusion n'étant permise que dans les cas où l'accès du public ne servirait pas la bonne administration de la justice. Le pouvoir discrétionnaire oblige nécessairement le juge du procès à soulever, d'une part, l'importance des intérêts que l'ordonnance vise à protéger, et, d'autre part, l'importance de la publicité des débats en justice et, plus précisément, de l'activité d'expression particulière qui est restreinte. De cette façon, la proportionnalité est garantie par la nature du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Le juge du procès appelé à décider s'il y a lieu d'ordonner l'exclusion du public en vertu du par. 486(1) doit se demander si le type d'expression qui est susceptible d'être restreint par l'ordonnance porte atteinte aux valeurs fondamentales qu'on cherche à protéger.

(2) *Question de droit pénal*

Lorsqu'il applique le par. 486(1) pour ordonner l'exclusion du public, le juge du procès doit exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*. Il doit envisager a) les solutions disponibles et se demander s'il existe d'autres mesures de rechange raisonnables et efficaces; b) se demander si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et c) comparer l'importance des objectifs de l'ordonnance et de ses effets probables avec l'importance de la publicité des procédures et de l'activité d'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l'ordonnance soient proportionnels. De plus, c'est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures. La partie qui sollicite l'ordonnance doit prouver les éléments suivants: l'ordonnance demandée

the salutary effects of the order are proportionate to its deleterious effects. In relation to the proportionality issue, if the order is sought to protect a constitutional right, this must be considered. There must also be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he may exercise his discretion judicially. In some cases in which the facts are not in dispute the statement of counsel will suffice. If there is insufficient evidence placed before the trial judge, or there is a dispute as to the relevant facts, the applicant should seek to have the evidence heard *in camera*.

Since the trial judge considering an application to exclude the public is usually in the best position to assess the demands in a given situation, where the record discloses facts that may support the trial judge's exercise of discretion, it should not lightly be interfered with. In this case, however, the trial judge erred in excluding the public from any part of the proceedings. There was insufficient evidence to support a concern for undue hardship to the complainants or to the accused. The order was unnecessary to further the proper administration of justice and its deleterious effects were not outweighed by its salutary effects. The mere fact that the victims are young females is not, in itself, sufficient to warrant exclusion. The victims' privacy was already protected by a publication ban and there was no evidence that their privacy interests required more protection. While the criminal justice system must be ever vigilant in protecting victims of sexual assault from further victimization, the record before the trial judge did not establish that undue hardship would befall the victims in the absence of a s. 486(1) order. Nor did the record reveal that there were any other reasons to justify an exception to the general rule of openness. Finally, barring exceptional cases, there is no issue of hardship to the accused arising from prejudicial publicity once the accused has pleaded guilty.

Cases Cited

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; **referred to:** *Danson v. Ontario*

est nécessaire pour assurer la bonne administration de la justice; l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de l'ordonnance et ses effets préjudiciables. Pour ce qui est de la question de la proportionnalité, si l'ordonnance a pour but de protéger un droit constitutionnel, ce fait doit être pris en considération. Le juge du procès doit disposer d'une preuve suffisante pour être en mesure d'apprécier la demande et d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire. Dans les cas où les faits ne sont pas contestés, la déclaration de l'avocat suffira. Si la preuve présentée au juge est insuffisante ou s'il y a divergence de vues sur les faits pertinents, le plaideur qui sollicite l'ordonnance devrait demander que la preuve soit entendue à huis clos.

Comme le juge du procès qui est saisi d'une demande d'exclusion du public est habituellement le mieux placé pour apprécier les exigences de la situation, si le dossier révèle des faits susceptibles d'étayer l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire, il ne faudrait pas intervenir à la légère. En l'espèce, toutefois, le juge du procès a fait erreur en excluant le public de quelque partie que ce soit des procédures. Il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la crainte que l'accusé ou les plaignantes subissent un préjudice indu. L'ordonnance n'était pas nécessaire pour favoriser la bonne administration de la justice, et les effets bénéfiques de l'ordonnance ne l'emportaient pas sur ses effets préjudiciables. Le simple fait que les victimes soient des jeunes filles n'est pas suffisant en soi pour justifier l'exclusion du public. La vie privée des victimes était déjà protégée par une ordonnance de non-publication, et il n'y avait aucune preuve établissant que leur vie privée exigeait une protection encore plus grande. Bien que le système de justice pénale doive toujours être attentif au besoin de protéger les victimes d'agression sexuelle contre toute victimisation supplémentaire, les éléments de preuve dont disposait le juge du procès n'établissaient pas qu'un préjudice indu aurait été causé aux victimes en l'absence de l'ordonnance prévue au par. 486(1). Le dossier ne révélait pas non plus l'existence d'autres motifs justifiant une exception à la règle générale de la publicité des débats en justice. Finalement, sauf dans des cas exceptionnels, une fois que l'accusé a plaidé coupable, ce dernier ne saurait prétendre à quelque préjudice indu résultant d'une publicité dommageable.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; **arrêts mentionnés:** *Danson c.*

(Attorney General), [1990] 2 S.C.R. 1086; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 419; *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560; *R. v. Lefebvre* (1984), 17 C.C.C. (3d) 277, [1984] C.A. 370; *R. v. McArthur* (1984), 13 C.C.C. (3d) 152; *R. v. Vandeveld* (1994), 89 C.C.C. (3d) 161; *R. v. Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 271(1)(a), 486(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 203], (3) [rep. & sub. c. 23 (4th Supp.), s. 1].

Authors Cited

Lepofsky, M. David. *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*. Toronto: Butterworths, 1985.
 Mill, James. "Liberty of the Press". In *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations*. Reprints of Economic Classics. New York: Augustus M. Kelley, 1967.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1994), 148 N.B.R. (2d) 161, 378 A.P.R. 161, 116 D.L.R. (4th) 506, 91 C.C.C. (3d) 560, 32 C.R. (4th) 334, dismissing the appellant's appeal from a judgment of Landry J.

Ontario (Procureur général), [1990] 2 R.C.S. 1086; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 419; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Morris c. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560; *R. c. Lefebvre*, [1984] C.A. 370; *R. c. McArthur* (1984), 13 C.C.C. (3d) 152; *R. c. Vandeveld* (1994), 89 C.C.C. (3d) 161; *R. c. Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 271(1)a), 486(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203], (3) [abr. & rempl. ch. 23 (4^e suppl.), art. 1].

Doctrine citée

Lepofsky, M. David. *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*. Toronto: Butterworths, 1985.
 Mill, James. "Liberty of the Press". In *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations*. Reprints of Economic Classics. New York: Augustus M. Kelley, 1967.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1994), 148 R.N.-B. (2^e) 161, 378 A.P.R. 161, 116 D.L.R. (4th) 506, 91 C.C.C. (3d) 560, 32 C.R. (4th) 334, qui a rejeté l'appel formé par l'appelante contre un jugement du juge

(1993), 143 N.B.R. (2d) 174, 366 A.P.R. 174, dismissing its application to quash an order of Rice Prov. Ct. J. excluding the public and media from part of the sentencing proceedings. Appeal allowed.

André G. Richard, Marie-Claude Bélanger-Richard and Jacques McLaren, for the appellant.

Graham J. Sleeth, Q.C., for the respondents.

Graham Garton, Q.C., and *Barbara Kothe*, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky and James K. Stewart, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Galvin C. Deedman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

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

Written submissions only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

¹ LA FOREST J. — This appeal is brought by the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) from the judgment of the New Brunswick Court of Appeal dismissing an appeal from a decision of Landry J. who had refused to quash an order of Rice Prov. Ct. J. restricting public access to the courtroom. The order in question was made pursuant to s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which reads:

486. (1) Any proceedings against an accused shall be held in open court, but where the presiding judge, provincial court judge or justice, as the case may be, is of the opinion that it is in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of

Landry (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 174, 366 A.P.R. 174, qui avait rejeté sa demande d’annulation de l’ordonnance du juge Rice de la Cour provinciale ayant exclu le public et les médias de la salle d’audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine. Pourvoi accueilli.

André G. Richard, Marie-Claude Bélanger-Richard et Jacques McLaren, pour l’appelante.

Graham J. Sleeth, c.r., pour les intimés.

Graham Garton, c.r., et *Barbara Kothe*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky et James K. Stewart, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Deborah Carlson, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

Galvin C. Deedman, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — La Société Radio-Canada («SRC») a formé le présent pourvoi contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick ayant rejeté un appel interjeté d’une décision du juge Landry qui avait refusé d’annuler une ordonnance du juge Rice de la Cour provinciale restreignant l’accès du public à la salle d’audience. L’ordonnance en question avait été rendue en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est ainsi rédigé:

486. (1) Les procédures dirigées contre un prévenu ont lieu en audience publique, mais lorsque le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix qui préside est d’avis qu’il est dans l’intérêt de la moralité publique, du maintien de l’ordre ou de la bonne administration de

justice to exclude all or any members of the public from the court room for all or part of the proceedings, he may so order.

The order mandated the exclusion of the public and the media from the courtroom during part of the sentencing proceedings of the respondent, Gerald Carson. A pre-existing non-identification order, made pursuant to s. 486(3) of the *Code*, was already in effect. The CBC now seeks a declaration that s. 486(1) is of no force or effect as infringing s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. In the alternative, if the provision is held to be constitutionally valid, the CBC seeks a declaration that Rice Prov. Ct. J. exceeded his jurisdiction in making the exclusion order. If such a declaration is made, it further seeks an order quashing the exclusion order and a mandatory order granting access to the media and the public to a transcript of the proceedings held *in camera*.

I. Facts

The facts are straightforward. The respondent, Gerald Carson, a prominent Moncton resident, pleaded guilty to two charges of sexual assault, contrary to s. 271(1)(a) of the *Code*, and two charges of sexual interference, contrary to s. 151 of the *Code*. On motion by Crown counsel, consented to by defence counsel, Rice Prov. Ct. J. ordered the exclusion of the public and the media, with the exception of the accused, the victims, their immediate families and a victim services coordinator, from those parts of the sentencing proceedings dealing with the specific acts committed by Carson. The exclusion order remained in effect for approximately 20 minutes. The order was sought on the basis of the nature of the evidence, which the court had not yet heard, and which purportedly established that the offence was of a "very delicate" nature. Crown counsel further pointed to the fact that the case involved young, female persons.

la justice, d'exclure de la salle d'audience l'ensemble ou l'un quelconque des membres du public, pour toute ou partie de l'audience, il peut en ordonner ainsi.

L'ordonnance requérait l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pour une partie des procédures de détermination de la peine de l'intimé, Gerald Carson. Une ordonnance de non-divulgence d'identité, fondée sur le par. 486(3) du *Code*, était déjà en vigueur. Dans le présent pourvoi, la SRC sollicite un jugement déclaratoire portant que le par. 486(1) est inopérant parce qu'il viole l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne peut pas être justifié conformément à l'article premier de la *Charte*. Subsidièrement, si la disposition est jugée constitutionnelle, la SRC demande un jugement déclaratoire portant que le juge Rice de la Cour provinciale a outrepassé sa compétence en rendant l'ordonnance d'exclusion. Si un tel jugement déclaratoire est rendu, la SRC sollicite en outre une ordonnance annulant l'ordonnance d'exclusion, ainsi qu'une ordonnance intimant d'accorder aux médias et au public accès à la transcription des procédures tenues à huis clos.

I. Les faits

Les faits sont simples. Gerald Carson, intimé, résident en vue de Moncton, a plaidé coupable à l'égard de deux chefs d'agression sexuelle, infraction prévue à l'al. 271(1)a) du *Code* et de deux chefs de contacts sexuels, infraction prévue à l'art. 151 du *Code*. Sur requête présentée par l'avocat du ministère public et à laquelle a consenti l'avocat de la défense, le juge Rice de la Cour provinciale a ordonné que les médias et le public — mais non l'accusé, les victimes, leur famille immédiate et un coordonnateur des services d'aide aux victimes — soient exclus de la partie des procédures de détermination de la peine portant sur les actes précis commis par Carson. L'ordonnance d'exclusion est restée en vigueur pendant environ 20 minutes. Elle a été demandée en raison de la nature de la preuve, que la cour n'avait pas encore entendue et qui était censée établir que l'infraction était de nature [TRANSDUCTION] «très délicate». L'avocat du ministère public a de plus souligné que l'affaire concernait de jeunes personnes de sexe féminin.

3 André Veniot, a CBC reporter, was excluded from the court along with the other members of the media and the public. Shortly after the public had been invited to reattend the proceedings, a lawyer retained by Veniot was granted permission to address the court. She requested that Rice Prov. Ct. J. give reasons for making the exclusion order. In maintaining his order, Rice Prov. Ct. J. stated that it had been rendered in the interests of the proper administration of justice; it would avoid undue hardship to the victims and the accused.

II. Judicial History

Court of Queen's Bench (1993), 143 N.B.R. (2d) 174

4 A constitutional challenge to s. 486(1) of the *Code* was then made before the Court of Queen's Bench of New Brunswick on the basis of s. 2(b) of the *Charter*. Landry J., who heard the matter, held that since s. 486(1) limits or prohibits the right of the public and the press to gather and publish information in court proceedings in certain instances, it constitutes an infringement on the freedom of the press protected by s. 2(b).

5 Landry J. then considered whether the infringement could be saved by s. 1 of the *Charter* as being reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. He found that s. 486(1) addressed a pressing and substantial objective since it was a mechanism to ensure the "proper administration of justice" (p. 179). He also determined that the infringement is proportionate to that objective. He stated: "There exists a rational connection between the section and the objective, the section impairs the freedom as little as possible and there is some balance between the importance of the objective and the injurious effect of the section" (p. 179). He, therefore, concluded that s. 486(1) is saved by s. 1 of the *Charter*.

6 In deciding whether the trial judge had exceeded his jurisdiction in ordering the exclusion of the public, Landry J. noted that the test was not

André Veniot, reporter de la SRC, a été exclu de la salle d'audience en même temps que les autres membres des médias et le public. Peu après que le public a été invité à réintégrer la salle d'audience, une avocate mandatée par Veniot a obtenu la permission de présenter des observations à la cour. Elle a demandé au juge Rice de motiver l'ordonnance d'exclusion. Maintenant son ordonnance, le juge Rice a dit qu'il l'avait rendue dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, qu'elle éviterait un préjudice indu aux victimes et à l'accusé.

II. Les décisions des juridictions inférieures

La Cour du Banc de la Reine (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 174

La constitutionnalité du par. 486(1) du *Code* a été contestée devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge Landry, qui a entendu l'affaire, a statué que comme le par. 486(1) a pour effet d'écarter ou de limiter, dans certaines circonstances le droit du public et de la presse de recueillir et de publier des informations relatives à des procédures judiciaires, il constitue une atteinte à la liberté de la presse protégée par l'al. 2b).

Le juge Landry s'est ensuite demandé si, aux termes de l'article premier de la *Charte*, l'atteinte était raisonnable et pouvait se justifier dans une société libre et démocratique. Il a conclu que le par. 486(1) visait un objectif urgent et réel, car il constituait un mécanisme destiné à garantir la «bonne administration de la justice» (p. 179). Il a également décidé que l'atteinte était proportionnée à cet objectif. Il a déclaré ceci: [TRADUCTION] «Il existe un lien rationnel entre le paragraphe et l'objectif en question. Le paragraphe est de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté en question et il y a un certain équilibre entre l'importance de l'objectif et l'effet préjudiciable du paragraphe» (p. 179). Il a donc conclu que le par. 486(1) était justifié au sens de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Landry a fait remarquer que la question qu'il devait se poser pour décider si le juge du procès avait outrepassé sa compétence en ordonnant

whether he would have excluded the public in the same circumstances. The proper administration of justice, which Rice Prov. Ct. J. relied on, was an appropriate reason for the exercise of his discretion in this case. Landry J. further noted that the public and the press were excluded for a short period of time only and as such he found no injustice had been done to the parties involved in the proceedings. Finally, he stated (at pp. 181-82):

It is important for the proper administration of justice to preserve the discretion provided by s. 486(1) and a Court of Appeal should not substitute its judgment for that of a judge who felt compelled to exercise a discretion as did the judge in the present case. Although this is a borderline case I find that the judge acted within his jurisdiction by excluding the public. It would, however, have been preferable if the judge had elaborated more on his reasons for excluding the public and the press.

Court of Appeal (1994), 148 N.B.R. (2d) 161

Hoyt C.J.N.B. (for the majority)

In the Court of Appeal, Hoyt C.J.N.B. (speaking for himself and Turnbull J.A.) expressed the view that freedom of expression, as protected by s. 2(b) of the *Charter*, includes the right of the media, as well as any member of the public, to attend criminal trials. He agreed with Landry J.'s finding that s. 486(1) limits freedom of expression and is, therefore, contrary to s. 2(b), but he also agreed that the provision could be saved by s. 1 of the *Charter*. The case, he found, illustrates why s. 486(1) can be justified; the failure to have made the order would likely have resulted in the further victimization of the complainants, by permitting details of the offences to be published and the possible identification of the complainants. And this was so notwithstanding that a non-publication order was already in effect.

l'exclusion du public n'était pas de savoir s'il aurait pris la même décision dans les mêmes circonstances. La bonne administration de la justice, motif invoqué par le juge Rice de la Cour provinciale, était une raison appropriée pour exercer son pouvoir discrétionnaire en l'espèce. Le juge Landry a aussi souligné que le public et la presse n'avaient été exclus que pendant une courte période et que, à son avis, aucune injustice n'en avait résulté pour les parties en cause. Enfin, il a dit ceci (aux pp. 181 et 182):

[TRADUCTION] Il est important pour la bonne administration de la justice de maintenir le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 486(1) et un tribunal d'appel ne devrait pas substituer sa décision à celle d'un juge qui s'est senti obligé d'exercer un pouvoir discrétionnaire comme ce fut le cas en l'espèce. Bien qu'il s'agisse ici d'un cas limite, je conclus que le juge a agi dans les limites de sa compétence en excluant le public. Il aurait toutefois été préférable que le juge précise davantage les motifs pour lesquels il a exclu le public et la presse.

La Cour d'appel (1994), 148 R.N.-B. (2^e) 161

Le juge en chef Hoyt du Nouveau-Brunswick
(pour la majorité)

En Cour d'appel, le juge en chef du Nouveau-Brunswick Hoyt (en son nom et au nom du juge Turnbull), a dit être d'avis que la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* inclut le droit des médias ainsi que celui de tout membre du public d'assister aux procès criminels. Il a souscrit à la conclusion du juge Landry selon lequel le par. 486(1) limite la liberté d'expression et contrevient donc ainsi à l'al. 2b), mais il a également affirmé être d'accord avec le juge Landry pour dire que la validité de la disposition était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Cette affaire, a-t-il conclu, illustre la raison pour laquelle le par. 486(1) peut être justifié; le fait de ne pas avoir rendu l'ordonnance aurait vraisemblablement exacerbé la victimisation des plaignantes, en permettant que soient publiés des détails concernant les infractions et peut-être même que les plaignantes puissent être identifiées. Tout cela en dépit du fait qu'une ordonnance de non-publication était déjà en vigueur.

8 As to the particular exercise of discretion by Rice Prov. Ct. J., he agreed with Landry J. that it was not for him to say whether he would have exercised the discretion in the same fashion. He found it was Rice Prov. Ct. J.'s belief that the young complainants in this case deserved protection. That being so, he concluded: "For this reason alone, I cannot say that he was wrong in making the order, even though, in my view, he may have taken an irrelevant factor into consideration, namely, the protection of the accused from undue hardship" (p. 169). He did not rule out the protection of the accused as a factor in other cases; however, he concluded that Rice Prov. Ct. J.'s other reasons were sufficient.

Angers J.A.

9 Angers J.A. concurred, but for different reasons. He first observed that most of the issues raised by the appellant were moot since the trial was over and the sentence had been imposed. He further noted that it would be wrong for a non-party to the proceedings to succeed in having an interlocutory order quashed or altered when the parties themselves could not appeal. He next discussed the right to a public trial as a means of protecting the accused. The right was prescribed in s. 486(1) of the *Code* and guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. He noted, however, that there was no express right in any legislation, including the *Charter*, giving the public access to trials; rather, in criminal law the right of the public to be present in court is merely a corollary of the right of the accused to a public trial. As such, it is a subordinate to, and cannot prevail over the principal right. In his view, s. 486(1) provides the necessary guidelines to permit the presiding judge to exercise his or her discretion in a judicial manner. Given the respondent Carson's consent to the order, he found that a possible infringement of the respondent's s. 11(d) right did not arise.

10 Angers J.A. stated that he could not accept that s. 2(b) of the *Charter* gives the media better access

Quant à la façon dont le juge Rice de la Cour provinciale a exercé son pouvoir discrétionnaire, le juge Hoyt a été d'accord avec le juge Landry qu'il ne lui appartenait pas de dire s'il l'aurait exercé de la même manière. À son avis, le juge Rice croyait qu'en l'espèce les jeunes plaignantes devaient être protégées. Il a donc conclu ainsi: [TRADUCTION] «Pour ce motif seulement, je ne peux pas conclure qu'il avait tort de rendre l'ordonnance, même si, à mon avis, il a pu prendre en considération un facteur non pertinent, c'est-à-dire empêcher qu'un préjudice indu ne soit causé à l'accusé» (p. 169). Il n'a pas exclu la possibilité que la protection de l'accusé puisse constituer un facteur dans d'autres cas. Toutefois, il a conclu que les autres motifs du juge Rice étaient suffisants.

Le juge Angers

Le juge Angers a souscrit à la décision mais pour des motifs différents. Il a d'abord fait observer que la plupart des points soulevés par l'appellante étaient devenus théoriques puisque le procès était fini et que la peine avait été infligée. Il a en outre fait remarquer qu'il serait aberrant qu'une personne qui n'est pas partie à l'instance réussisse à faire annuler ou modifier une ordonnance interlocutoire alors que les parties elles-mêmes ne pourraient pas en appeler. Il a examiné ensuite la question du droit à un procès public comme moyen de protéger l'accusé. Ce droit est prévu au par. 486(1) du *Code* et garanti à l'al. 11d) de la *Charte*. Il a toutefois souligné qu'aucun texte législatif, pas même la *Charte*, ne confère expressément au public le droit d'assister aux procès. En droit criminel, le droit du public d'être présent dans la salle d'audience est plutôt un simple corollaire du droit de l'accusé à un procès public. En tant que tel, il est subordonné au droit principal et ne peut l'emporter sur celui-ci. À son avis, le par. 486(1) donne au juge qui préside les directives nécessaires pour lui permettre d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une manière judiciaire. Étant donné que l'intimé Carson avait consenti à l'ordonnance, le juge Angers a estimé qu'il ne pouvait être question d'une violation du droit que lui garantit l'al. 11d).

Le juge Angers a dit qu'il ne pouvait pas admettre que l'al. 2b) de la *Charte* accorde aux médias

to court proceedings than members of the public. He added (at p. 174):

The principle of a public trial goes beyond a particular accused and must be approached while keeping in mind the reasons that led to the right: that no person be convicted of a criminal offence behind closed doors or on secret and unknown evidence. It is the duty of all those involved in the administration of the criminal justice system to see that the principle is upheld. While the public, through the Attorney General, is involved in the administration of criminal justice, the media per se is not. Its interests are different. Its duty is to inform, its temptation to entertain. It was given and it should have the constitutional freedom to perform its duty to inform, but the gathering of information involves different considerations such as individual privacy, defamation, due process of law, fair trial. . . .

Angers J.A. concluded that s. 486(1) involves a balancing between the constitutional rights of an accused to a public trial and the protection of a certain class of witnesses or potential witnesses. It had nothing to do with, and does not infringe on any freedom of the press to publish what is legally permissible. The argument of the media that freedom to publish necessarily includes freedom to gather information was, in his view, really "misleading and fallacious" (p. 175).

III. Issues

The CBC then sought and was granted leave to appeal to this Court. Two major issues arise in this appeal. The first relates to the constitutionality of s. 486(1) of the *Code* and is conveniently set forth in the constitutional questions stated by the Chief Justice on September 18, 1995:

1. Does s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the freedom of expression of the press in whole or in part as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the limit one that can be justified in accordance with s. 1 of the *Charter*?

un accès plus grand aux procédures judiciaires qu'aux membres du public. Il a ajouté ce qui suit (à la p. 174):

[TRADUCTION] Le principe d'un procès public va au-delà d'un accusé en particulier et doit être vu sous l'angle des motifs qui y ont donné lieu: nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction criminelle à huis clos ou sur la base d'éléments de preuve secrets et inconnus. Toutes les personnes engagées dans l'administration de la justice criminelle sont tenues de respecter ce principe. Alors que le public, par l'entremise du procureur général, est partie à l'administration de la justice criminelle, les médias en eux-mêmes ne le sont pas. Leurs intérêts sont différents. Ils ont la charge d'informer, ils sont tentés de divertir. La Constitution leur donne la liberté d'accomplir leur devoir, mais la cueillette de l'information met en cause d'autres considérations, notamment la vie privée de la personne, la diffamation, l'application régulière de la loi et la tenue d'un procès équitable.

Le juge Angers a conclu que l'application du par. 486(1) demande la mise en équilibre, d'une part, des droits constitutionnels de l'accusé à un procès public, et, d'autre part, de la protection d'une certaine catégorie de témoins ou de témoins éventuels. Il ne concerne pas la liberté de la presse de publier ce que la loi lui permet de publier, et il ne porte pas atteinte à cette liberté. L'argument des médias qui veut que la liberté de publier inclut nécessairement celle de recueillir l'information était, à son avis, vraiment [TRADUCTION] «trompeur et fallacieux» (p. 175).

III. Les questions en litige

La SRC a ensuite demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Deux questions principales se posent dans ce pourvoi. La première, qui concerne la constitutionnalité du par. 486(1) du *Code*, figure dans les questions constitutionnelles qui ont été formulées par le Juge en chef, le 18 septembre 1995:

1. Le paragraphe 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il, en tout ou en partie, la liberté d'expression et la liberté de la presse garanties à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, est-ce qu'il s'agit d'une limite qui peut être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*?

11

12

The second issue is whether Rice Prov. Ct. J. exceeded his jurisdiction in making the order excluding members of the media and the public from a part of the sentencing proceedings, thereby committing reversible error.

13 Before turning to these issues, I propose to address some preliminary matters raised by the interveners. The first of these matters, brought to our attention by the Attorney General for Ontario, relates to the sequence in which the Court should deal with the issues. He argued that the constitutionality of the provision should not be considered until it has been determined whether Rice Prov. Ct. J. properly exercised his discretion. If he did not, then he acted without jurisdiction, and the constitutional question need not, and should not, be considered. Such an approach may certainly be appropriate in some situations, but in the present case, I am disposed to deal with the constitutional question with a view to providing guidance to courts faced with the issue in the future.

14 A second preliminary matter, raised by the Attorney General of Canada, concerns the appropriate scope of constitutional review to be undertaken in relation to s. 486(1). Rice Prov. Ct. J. granted the order of exclusion solely on the basis of the "proper administration of justice". The Attorney General of Canada contends that the Court should not go beyond the circumstances of this case and review the constitutionality on each of the three grounds for exclusion set forth in s. 486(1).

15 This Court has in the past exhibited a reluctance to consider the constitutionality of legislative provisions in the absence of a proper factual foundation; see *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086. To accede to the appellant's contention that the other grounds be constitutionally reviewed would require us to conduct such review in the absence of a factual framework, contrary to this Court's practice. Moreover, it would be dangerous to make a determination of the constitutionality of the other two grounds for exclu-

La seconde question en litige est de savoir si le juge Rice a outrepassé sa compétence en rendant l'ordonnance excluant les médias et le public de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine, commettant ainsi une erreur susceptible de révision.

Avant d'aborder les questions en litige, je me propose d'examiner quelques points préliminaires soulevés par les intervenants. Le premier de ces points, qui nous a été soumis par le procureur général de l'Ontario, concerne l'ordre dans lequel notre Cour devrait examiner ces questions. Il a soutenu que la constitutionnalité de la disposition ne devrait pas être examinée tant qu'il n'aura pas été décidé si le juge Rice a exercé adéquatement son pouvoir discrétionnaire. S'il ne l'a pas fait, il a alors agi sans compétence et la question constitutionnelle n'a pas besoin d'être examinée et ne devrait pas l'être. Pareille solution peut certes être indiquée dans certaines situations, mais, en l'espèce, je suis disposé à examiner la question constitutionnelle en vue de fournir des indications aux tribunaux qui seraient saisis de la question litigieuse dans le futur.

Une seconde question préliminaire, soulevée par le procureur général du Canada, concerne la portée exacte de l'examen du par. 486(1) au regard de la Constitution. Le juge Rice a rendu l'ordonnance d'exclusion uniquement sur le fondement de la «bonne administration de la justice». Le procureur général du Canada prétend que notre Cour devrait s'en tenir aux circonstances du présent cas et ne pas étudier la constitutionnalité du par. 486(1) eu égard à chacun des trois motifs d'exclusion qui y sont énoncés.

Dans le passé, notre Cour s'est montrée réticente à examiner la constitutionnalité de dispositions législatives en l'absence d'un contexte factuel adéquat; voir *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086. Accepter la prétention de l'appelante que la constitutionnalité des autres motifs doit être examinée nous obligerait à faire cet examen en l'absence d'un contexte factuel, ce qui va à l'encontre de la pratique de notre Cour. De plus, il serait dangereux de statuer sur la constitutionnalité des deux autres motifs d'exclusion pré-

sion under s. 486(1) by extrapolation from the constitutional review of the proper administration of justice ground; the values and interests invoked may differ depending upon the specific legislative context. It is best, then, to leave to another day the constitutionality of the other two statutory grounds for exclusion, and to focus solely on the ground relied upon by Rice Prov. Ct. J., i.e., the proper administration of justice.

I come then to an analysis of the major issues, beginning with the constitutional issue.

IV. The Constitutional Issue

A. *Section 2(b) of the Charter*

This appeal engages two essential issues in relation to s. 2(b). The first is integrally linked to the concept of representative democracy and the corresponding importance of public scrutiny of the criminal courts. It involves the scope of public entitlement to have access to these courts and to obtain information pertaining to court proceedings. Any such entitlement raises the further question: the extent to which protection is afforded to listeners in addition to speakers by freedom of expression. The second issue relates to the first, in so far as it recognizes that not all members of the public have the opportunity to attend court proceedings and will, therefore, rely on the media to inform them. Thus, the second issue is whether freedom of the press protects the gathering and dissemination of information about the courts by members of the media. In particular, it involves recognition of the integral role played by the media in the process of informing the public. Both of these issues invoke the democratic function of public criticism of the courts, which depends upon an informed public; in turn, both relate to the principle of openness of the criminal courts.

vus au par. 486(1) en extrapolant à partir de l'analyse de la validité constitutionnelle du motif de la bonne administration de la justice; les valeurs et les intérêts invoqués peuvent différer selon le contexte législatif de chaque cas. Par conséquent, il vaut mieux reporter à une autre occasion l'examen de la constitutionnalité des deux autres motifs d'exclusion et se concentrer uniquement sur le motif sur lequel s'est fondé le juge Rice, c'est-à-dire la bonne administration de la justice.

J'en arrive à l'analyse des principales questions en litige, en commençant par la question d'ordre constitutionnel.

IV. La question d'ordre constitutionnel

A. *L'alinéa 2b) de la Charte*

Le présent pourvoi soulève deux questions essentielles relativement à l'al. 2b). La première se rattache intégralement au concept de démocratie représentative et à l'importance correspondante de la publicité des débats en justice. Elle met en cause l'étendue du droit du public d'avoir accès aux tribunaux et d'obtenir de l'information sur les procédures qui s'y déroulent. Un tel droit soulève une question supplémentaire: la mesure dans laquelle la protection de la liberté d'expression bénéficie autant à ceux qui écoutent qu'à ceux qui s'expriment. La seconde question se rattache à la première en ce qu'elle reconnaît que ce ne sont pas tous les membres du public qui ont la possibilité d'assister aux procédures des tribunaux et, donc, que ceux qui n'en ont pas l'occasion comptent sur les médias pour être informés à cet égard. En conséquence, la seconde question est de savoir si la liberté de la presse protège la cueillette et la diffusion par les médias d'informations sur les tribunaux. De façon particulière, cette question implique la reconnaissance du rôle essentiel joué par les médias dans l'information du public. Ces deux questions mettent en jeu la fonction démocratique de la critique du système judiciaire par le public, critique qui n'est possible que si le public est informé; corollairement, toutes deux se rattachent au principe de la publicité des procédures criminelles.

16

17

18

The freedom of individuals to discuss information about the institutions of government, their policies and practices, is crucial to any notion of democratic rule. The liberty to criticize and express dissentient views has long been thought to be a safeguard against state tyranny and corruption. James Mill put it this way:

So true it is, however, that the discontent of the people is the only means of removing the defects of vicious governments, that the freedom of the press, the main instrument of creating discontent, is, in all civilized countries, among all but the advocates of misgovernment, regarded as an indispensable security, and the greatest safeguard of the interests of mankind.

(“Liberty of the Press”, in *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations* (1825 (reprint ed. 1967)), at p. 18.)

19

This Court has had occasion to discuss the freedom to criticize encompassed in freedom of expression and its relation to the democratic process in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, where Cory J. stated that it is difficult to think of a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. At page 1336, he declared:

Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized.

20

It cannot be disputed that the courts, and particularly the criminal courts, play a critical role in any democracy. It is in this forum that the rights of the powerful state are tested against those of the individual. As noted by Cory J. in *Edmonton Journal*, courts represent the forum for the resolution of disputes between the citizens and the state, and so must be open to public scrutiny and to public criticism of their operations.

La liberté des individus d'échanger de l'information sur les institutions de l'État, et sur les politiques et pratiques de ces institutions est un élément fondamental de tout régime démocratique. La liberté de critiquer et d'exprimer des vues divergentes est depuis longtemps considérée comme une garantie contre la tyrannie de l'État et la corruption. James Mill a exprimé cette idée en ces termes:

[TRADUCTION] Il est tellement vrai, toutefois, que le mécontentement du peuple est le seul moyen de corriger les défauts des gouvernements corrompus, que la liberté de la presse, principal instigateur du mécontentement, est considérée, dans tous les pays civilisés, par tous les individus qui ne sont pas les champions du mauvais gouvernement, comme une garantie indispensable et la meilleure sauvegarde des intérêts de l'humanité.

(«Liberty of the Press», dans *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations* (1825 (réimpression 1967)), à la p. 18.)

Notre Cour a eu l'occasion d'étudier la liberté de critiquer qui est englobée dans la liberté d'expression ainsi que ses rapports avec le processus démocratique dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, où le juge Cory a déclaré qu'il est difficile d'imaginer une liberté garantie plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. À la page 1336, il a dit ceci:

En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion.

Il est indéniable que les tribunaux, en particulier les tribunaux criminels, jouent un rôle essentiel dans toute démocratie. Ce sont eux qui arbitrent les conflits entre les droits du puissant État et ceux de l'individu. Comme l'a souligné le juge Cory dans *Edmonton Journal*, c'est là que sont résolus les litiges qui opposent les citoyens à l'État, de sorte qu'il faut que le public puisse faire l'examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement.

The concept of open courts is deeply embedded in the common law tradition. The principle was described in the early English case of *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 419 (H.L.). A passage from the reasons given by Lord Shaw of Dunfermline is worthy of reproduction for its precise articulation of what underlies the principle. He stated at p. 477:

It moves Bentham over and over again. "In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks applicable to judicial injustice operate. Where there is no publicity there is no justice." "Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial." "The security of securities is publicity." But amongst historians the grave and enlightened verdict of Hallam, in which he ranks the publicity of judicial proceedings even higher than the rights of Parliament as a guarantee of public security, is not likely to be forgotten: "Civil liberty in this kingdom has two direct guarantees; the open administration of justice according to known laws truly interpreted, and fair constructions of evidence; and the right of Parliament, without let or interruption, to inquire into, and obtain redress of, public grievances. Of these, the first is by far the most indispensable; nor can the subjects of any State be reckoned to enjoy a real freedom, where this condition is not found both in its judicial institutions and in their constant exercise."

The importance of ensuring that justice be done openly has not only survived: it has now become "one of the hallmarks of a democratic society"; see *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), at p. 119. The open court principle, seen as "the very soul of justice" and the "security of securities", acts as a guarantee that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law. In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, openness was held to be the rule, covertness the exception, thereby fostering public confidence in

21
Le principe de la publicité des débats en justice est profondément enraciné dans la tradition de la common law. Il a été décrit dans le vieil arrêt anglais *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 419 (H.L.). Il convient de reproduire le passage suivant des motifs de lord Shaw of Dunfermline, dans lequel est formulé avec précision le fondement du principe, à la p. 477:

[TRADUCTION] Il ne cesse d'inspirer Bentham. «Dans l'obscurité du secret, de sinistres desseins de toutes sortes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire ne sont efficaces qu'en proportion de la publicité des débats. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice.» «La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort, et la meilleure des protections contre l'improbabilité. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même en jugement.» «La garantie des garanties est la publicité.» Mais parmi les historiens, il y a peu de chances qu'on oublie le verdict grave et éclairé de Hallam, dans lequel celui-ci affirme que la publicité des débats en justice est une garantie de la sécurité du public encore meilleure que les droits du Parlement: «La liberté civile dans notre royaume est assurée par deux garanties directes: l'administration publique de la justice, conformément à des lois connues et interprétées correctement et suivant une juste appréciation de la preuve; le droit du Parlement d'enquêter librement et sans entrave sur les torts subis par le public et d'obtenir une réparation. La première de ces garanties est de loin la plus indispensable; et l'on ne saurait considérer que les sujets de quelque État jouissent d'une liberté réelle si cette condition n'existe pas dans ses institutions judiciaires et n'y est pas constamment respectée.»

22
L'importance de garantir que la justice soit rendue en audience publique n'a pas seulement survécu, elle est devenue [TRADUCTION] «l'une des caractéristiques d'une société démocratique»; voir *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), à la p. 119. Le principe de la publicité des procédures judiciaires, considéré comme le «souffle même de la justice» et la «garantie des garanties», fait en sorte que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit. Dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, il a été jugé que la publicité est la règle et le secret l'exception, situation qui favorise la confiance du public dans la probité du

the integrity of the court system and understanding of the administration of justice.

système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice.

23

The principle of open courts is inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b). Openness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings. While the freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts is clearly within the ambit of the freedom guaranteed by s. 2(b), so too is the right of members of the public to obtain information about the courts in the first place. Cory J. in *Edmonton Journal* described the equally important aspect of freedom of expression that protects listeners as well as speakers and ensures that this right to information about the courts is real and not illusory. At pages 1339-40, he states:

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2b). Grâce à ce principe, le public a accès à l'information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l'al. 2b), mais en relève également le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux. Dans *Edmonton Journal*, le juge Cory a décrit l'autre aspect tout aussi important de la liberté d'expression qui protège à la fois ceux qui s'expriment et ceux qui les écoutent, et qui garantit que ce droit à l'information sur les tribunaux est réel et non illusoire. Aux pages 1339 et 1340, il a dit ceci:

That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as "listeners" or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media. [Emphasis added.]

C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'«auditeurs» ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias. [Je souligne.]

That the right of the public to information relating to court proceedings, and the corollary right to put

L'idée que le droit du public à l'information concernant les procédures judiciaires et le droit corres-

forward opinions pertaining to the courts, depend on the freedom of the press to transmit this information is fundamental to an understanding of the importance of that freedom. The full and fair discussion of public institutions, which is vital to any democracy, is the *raison d'être* of the s. 2(b) guarantees. Debate in the public domain is predicated on an informed public, which is in turn reliant upon a free and vigorous press. The public's entitlement to be informed imposes on the media the responsibility to inform fairly and accurately. This responsibility is especially grave given that the freedom of the press is, and must be, largely unfettered. The significance of the freedom and its attendant responsibility lead me to the second issue relating to s. 2(b).

Essential to the freedom of the press to provide information to the public is the ability of the press to have access to this information. In *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, I noted that freedom of the press not only encompassed the right to transmit news and other information, but also the right to gather this information. At pp. 429-30, I stated:

There can be no doubt, of course, that it comprises the right to disseminate news, information and beliefs. This was the manner in which the right was originally expressed, in the first draft of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* before its expansion to its present form. However, the freedom to disseminate information would be of little value if the freedom under s. 2(b) did not also encompass the right to gather news and other information without undue governmental interference. [Emphasis added.]

It is by ensuring the press access to the courts that it is enabled to comment on court proceedings and thus inform the public of what is transpiring in the courts. To this end, Cory J. stated in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 475:

The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to

pondant d'émettre des opinions sur les tribunaux sont tributaires de la liberté de la presse de communiquer cette information est fondamentale pour bien comprendre l'importance de cette liberté. La raison d'être des garanties de l'al. 2b) est de permettre des discussions complètes et impartiales sur les institutions publiques, condition vitale à toute démocratie. Le débat au sein du public suppose que ce dernier est informé, situation qui à son tour dépend de l'existence d'une presse libre et vigoureuse. Le droit du public d'être informé impose aux médias la responsabilité d'informer de façon exacte et impartiale. Cette responsabilité est particulièrement lourde, étant donné que la liberté de la presse s'exerce et doit s'exercer en grande partie sans entrave. L'importance de cette liberté et de la responsabilité qui s'y rattache m'amène à la seconde question touchant l'al. 2b).

Pour que la presse exerce sa liberté d'informer le public, il est essentiel qu'elle puisse avoir accès à l'information. Dans *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, j'ai souligné que la liberté de la presse englobait non seulement le droit de diffuser des nouvelles et d'autres informations, mais également le droit de recueillir ces informations. Aux pages 429 et 430, j'ai dit ceci:

Bien entendu, il ne fait pas de doute qu'elle comprend le droit de diffuser des nouvelles, des renseignements et des opinions. C'est ainsi que ce droit était formulé à l'origine dans la première ébauche de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, avant qu'il prenne sa forme actuelle. Toutefois, la liberté de diffuser des renseignements serait de peu de valeur si la liberté prévue à l'al. 2b) n'englobait pas également le droit de recueillir des nouvelles et d'autres renseignements sans l'intervention indue du gouvernement. [Je souligne.]

C'est en assurant à la presse accès aux tribunaux que celle-ci est à même de commenter les procédures judiciaires et, en conséquence, d'informer le public sur ce qui se passe devant les tribunaux. À cette fin, le juge Cory a dit ceci dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, à la p. 475:

Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux

make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being.

membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d'avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être.

26 From the foregoing, it is evident that s. 2(b) protects the freedom of the press to comment on the courts as an essential aspect of our democratic society. It thereby guarantees the further freedom of members of the public to develop and to put forward informed opinions about the courts. As a vehicle through which information pertaining to these courts is transmitted, the press must be guaranteed access to the courts in order to gather information. As noted by Lamer J., as he then was, in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, at p. 129: "Freedom of the press is indeed an important and essential attribute of a free and democratic society, and measures which prohibit the media from publishing information deemed of interest obviously restrict that freedom." Similarly, it may be said that measures that prevent the media from gathering that information, and from disseminating it to the public, restrict the freedom of the press. To the extent that such measures prohibit public access to the courts and to information about the courts, they may also be said to restrict freedom of expression in so far as it encompasses the freedom of listeners to obtain information that fosters public criticism of the courts.

À la lumière de ce qui précède, il est évident que l'al. 2b) protège la liberté de la presse de commenter les activités des tribunaux en tant qu'aspect essentiel de notre société démocratique. Cette disposition garantit ainsi la liberté des membres du public de former et d'émettre des opinions éclairées sur les tribunaux. En tant que véhicule par lequel l'information sur les tribunaux est communiquée, la presse doit se voir garantir l'accès aux tribunaux nécessaire pour qu'elle puisse recueillir cette information. Comme l'a fait observer le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, à la p. 129: «Certes, la liberté de la presse représente un attribut important et essentiel d'une société libre et démocratique et il est évident que des mesures interdisant aux médias de publier des renseignements estimés d'intérêt public limitent cette liberté.» De même, il est possible d'affirmer que des mesures qui empêchent les médias de recueillir l'information et de la diffuser limitent la liberté de la presse. Si de telles mesures empêchent le public d'avoir accès aux tribunaux et à l'information concernant ceux-ci, il est également possible de dire qu'elles limitent la liberté d'expression, dans la mesure où celle-ci englobe la liberté des auditeurs d'obtenir de l'information qui favorise la critique publique des tribunaux.

27 At this point, however, I should like to make a number of caveats to the recognition of the importance of public access to the courts as a fundamental aspect of our democratic society. First of all, this recognition is not to be confused with, nor do I wish to be understood as affirming a right to be physically present in the courtroom. Circumstances may produce a shortage of physical space, such that individual members of the media and the public may be denied physical access to the courts. In such circumstances, those excluded may have to

Toutefois à ce stade-ci, je tiens à formuler un certain nombre de réserves en ce qui concerne la reconnaissance de l'importance de l'accès du public aux tribunaux en tant qu'aspect fondamental de notre société démocratique. Premièrement, cette reconnaissance ne doit pas être considérée comme la confirmation de l'existence d'un droit d'assister en personne aux séances des tribunaux; je ne veux pas non plus que mes propos soient interprétés de la sorte. Il est possible que, dû à certaines circonstances, il y ait manque d'espace et que des membres des médias et du public se voient refuser l'accès à la salle d'audience. Dans de tels cas, ceux qui sont exclus pourraient devoir compter sur ceux

rely on those present to relay information about the proceedings.

To this I would add a further caveat. I do not accept that the necessary consequence of recognizing the importance of public access to the courts is the recognition of public access to all facets of public institutions. The intervener, Attorney General for Saskatchewan argues that if an open court system is to be protected under s. 2(b) of the *Charter* on the basis that the public has an entitlement to information about proceedings in the criminal courts, then all venues within which the criminal law is administered will have to be accessible to the public, including jury rooms, a trial judge's chambers and the conference rooms of appellate courts. The fallacy with this argument is that it ignores the fundamental distinction between the criminal courts, the subject of this appeal, and the other venues mentioned by the intervener. Courts are and have, since time immemorial, been public arenas. The same cannot be said of these other venues. Thus, to argue that constitutional protection should be extended to public access to these private places, on the basis that public access to the courts is constitutionally protected, is untenable.

Furthermore, this Court has noted on previous occasions that public access to certain judicial processes would render the administration of justice unworkable; see *MacIntyre, supra*. The importance of ensuring that the administration of justice is not rendered unworkable provides a palpable reason for prohibiting public access to many of the other types of processes of which the intervener makes mention. Indeed, as we have seen in this case, the open court principle itself must yield to circumstances that would render the proper administration of justice unworkable.

B. Does Section 486(1) of the Criminal Code Infringe Section 2(b)?

qui étaient présents aux procédures pour leur transmettre l'information sur ce qui s'y est passé.

Je ferais une autre réserve. Je n'accepte pas que le fait de reconnaître l'importance de l'accès du public aux tribunaux ait pour conséquence nécessaire la reconnaissance de l'accès du public à tous les lieux où des institutions publiques tiennent des audiences. Le procureur général de la Saskatchewan intervenant soutient que, si la publicité des débats en justice est protégée par l'al. 2b) de la *Charte* pour le motif que le public a le droit d'être informé sur les procès criminels, alors tous les lieux où la justice pénale est rendue devront être accessibles au public, y compris la salle de délibération des jurés, le cabinet du juge du procès et les salles de conférence des cours d'appel. Cet argument est spécieux en ce qu'il fait abstraction de la distinction fondamentale entre les salles d'audience des cours criminelles, objet du présent pourvoi, et les autres lieux d'audience mentionnés par l'intervenant. Les salles d'audience des tribunaux sont, de temps immémorial, des lieux publics. On ne peut en dire autant des autres endroits mentionnés. En conséquence, il est impossible de soutenir que la protection de la Constitution doit être étendue à l'accès du public à ces lieux privés sur le fondement que l'accès du public aux salles d'audience des tribunaux bénéficie de cette protection.

De plus, notre Cour a souligné, à d'autres occasions, que l'accès du public à certaines procédures judiciaires rendrait l'administration de la justice impossible; voir *MacIntyre, précité*. Le fait qu'il soit important de faire en sorte que l'administration de la justice ne soit pas rendue impossible constitue une raison concrète d'interdire l'accès du public à bon nombre des autres types de procédures mentionnées par l'intervenant. De fait, comme nous pouvons le constater dans la présente espèce, le principe de la publicité des débats en justice lui-même doit céder le pas devant des circonstances qui rendraient impossible la bonne administration de la justice.

B. Le paragraphe 486(1) du Code criminel porte-t-il atteinte à l'al. 2b)?

28

29

30 At common law, the rule of public access to the courts was subject to certain exceptions, primarily where it was deemed necessary for the administration of justice. In *Scott, supra*, Earl Loreburn, at pp. 445-46, described the basis for exclusion of the public from the courts in these terms:

Again, the Court may be closed or cleared if such a precaution is necessary for the administration of justice. Tumult or disorder, or the just apprehension of it, would certainly justify the exclusion of all from whom such interruption is expected, and, if discrimination is impracticable, the exclusion of the public in general. Or witnesses may be ordered to withdraw, lest they trim their evidence by hearing the evidence of others.

31 The common law is effectively reflected in the current Canadian statutory form of the rule, s. 486(1) of the *Code*, which begins with “[a]ny proceedings against an accused shall be held in open court”, thereby preserving and giving statutory effect to the general rule of openness. It then vests in a trial judge the discretion to make an exclusionary order for, among other reasons, the furtherance of the proper administration of justice.

32 The appellant submits that s. 486(1) infringes s. 2(b) of the *Charter*. Having said that s. 2(b) protects the freedom of the press to gather and disseminate information relating to court proceedings, and protects the freedom of the public to comment upon our criminal courts as an essential attribute of our democratic society, a provision that excludes the public and the media from the courtroom must infringe s. 2(b).

33 By its facial purpose, s. 486(1) restricts expressive activity, in particular the free flow of ideas and information, in providing a discretionary bar on public and media access to the courts. This is sufficient to ground a violation; any provision that has as its purpose the restriction of expression will necessarily violate s. 2(b); see *Irwin Toy Ltd. v.*

En common law, la règle de l'accès du public aux tribunaux était assortie de quelques exceptions, principalement dans les cas où l'exclusion était jugée nécessaire à l'administration de la justice. Dans *Scott*, précité, Earl Loreburn a décrit en ces termes le fondement de l'exclusion du public de la salle d'audience, aux pp. 445 et 446:

[TRADUCTION] Par ailleurs, le tribunal peut tenir l'audience à huis clos ou ordonner l'exclusion du public si cette précaution est nécessaire à l'administration de la justice. Le tumulte ou le désordre, ou la crainte fondée d'une telle situation justifiaient certainement l'exclusion de tous ceux qui sont ainsi susceptibles d'interrompre les débats, et, s'il est impossible de les distinguer, l'exclusion du public en général. Le tribunal peut également ordonner à des témoins de se retirer, de crainte qu'ils n'adaptent leur témoignage à d'autres témoignages qu'ils auront entendus.

Les principes de la common law se retrouvent effectivement dans la version législative canadienne actuelle de la règle, le par. 486(1) du *Code*, qui commence par les mots «[l]es procédures dirigées contre un prévenu ont lieu en audience publique», préservant ainsi la règle générale de la publicité des débats et lui donnant effet dans la loi. Cette disposition investit ensuite le juge du procès du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance d'exclusion, notamment pour favoriser la bonne administration de la justice.

L'appelante soutient que le par. 486(1) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Comme l'al. 2b) protège la liberté de la presse de recueillir et de diffuser de l'information concernant les procédures judiciaires, ainsi que la liberté du public de commenter les travaux de nos cours de juridiction criminelle, en tant qu'attribut essentiel de notre société démocratique, force est de conclure qu'une disposition qui exclut le public et les médias de la salle d'audience viole l'al. 2b).

De par son objet manifeste, le par. 486(1) limite les activités d'expression, en particulier la libre circulation des idées et de l'information, en créant un pouvoir discrétionnaire permettant d'interdire au public et aux médias l'accès aux tribunaux. Voilà qui suffit à établir une violation; toute disposition qui a pour objet de restreindre l'expression viole

Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 974.

Admittedly, s. 486(1) only permits such restriction on freedom of expression and freedom of the press where values of superordinate importance so require. To this end, the respondents argue that s. 486(1) supports, as opposed to violates, the values of the *Charter*, in that it permits the courts to maintain control over their own processes, as well as advancing core values including the protection of victims and witnesses, privacy interests and inherent limitations on freedom of expression such as public order and decency. In answer to the respondents' submissions, however, it is to be noted that this Court has repeatedly favoured a balancing of competing interests at the s. 1 stage of analysis. Specifically, Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, that "s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing" and found that freedom of expression jurisprudence supported that view. He continued, at p. 734:

It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1. [Emphasis in original.]

This approach was again adopted in the recent case of *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, where the broad, purposive interpretation to be favoured in relation to s. 2(b) is discussed. At para. 75, it is stated that "[t]he important thing is that the competing values of a free and democratic society have to be adequately weighed in the appropriate context." Thus, I conclude that s. 486(1) of the *Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* and leave to s. 1 an assessment of the competing interests and factors

nécessairement l'al. 2b); voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 974.

Il faut reconnaître que le par. 486(1) ne permet une telle restriction de la liberté d'expression et de la liberté de la presse que dans les cas où des valeurs d'importance primordiale l'exigent. En ce sens, les intimés affirment que le par. 486(1) ne viole pas les valeurs de la *Charte* mais au contraire les appuie, puisqu'il permet aux tribunaux de contrôler leur propre procédure et de promouvoir des valeurs fondamentales, dont la protection des victimes et des témoins, le respect de la vie privée et les limites inhérentes à la liberté d'expression, tels l'ordre public et la décence. Pour répondre aux arguments des intimés, cependant, il convient de souligner que notre Cour a, à maintes reprises, favorisé la mise en équilibre des intérêts opposés à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Plus précisément, le juge en chef Dickson a dit, dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, que «l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs», et il a conclu que la jurisprudence concernant la liberté d'expression étaye cette opinion. Il a poursuivi ainsi à la p. 734:

Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier. [Souligné dans l'original.]

Ce point de vue a été adopté de nouveau dans l'arrêt récent *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, où il est question de l'interprétation large et fondée sur l'objet qui doit être favorisée à l'égard de l'al. 2b). Au paragraphe 75, il est dit que «[c]e qui importe, c'est que les valeurs opposées d'une société libre et démocratique soient bien soupesées dans le contexte approprié.» Par conséquent, je conclus que le par. 486(1) du *Code* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et je vais évaluer, sous le régime de l'article premier, les intérêts opposés et

tending to justify restrictions on the guaranteed freedom.

C. Section 1 Analysis

36

I turn now to an examination of whether s. 486(1) is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter* following the analytical framework developed by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. But in undertaking this task, it must be remembered, a formalistic approach must be avoided. Regard must be had to all circumstances. The Court thus described the proper approach to be taken in *Ross*, *supra*, at para. 78:

... the *Oakes* test should be applied flexibly, so as to achieve a proper balance between individual rights and community needs. In undertaking this task, courts must take into account both the nature of the infringed right and the specific values the state relies on to justify the infringement. This involves a close attention to context. McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, reiterated her statement in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47, that conflicting values must be placed in their factual and social context when undertaking a s. 1 analysis. [Emphasis added.]

Having affirmed the flexible and contextual approach to be taken, it is apposite to examine the context within which this appeal arises in light of the specific values engaged.

37

The first such value is the power vested in courts of criminal jurisdiction to control their own process in furtherance of the rule of law. This was recognized in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, where McLachlin J. noted that “[t]he rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect” (p. 931). Similarly, in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court referred to the English deci-

les facteurs tendant à justifier les restrictions à la liberté garantie.

C. L'analyse fondée sur l'article premier

Je passe maintenant à l'examen de la question de savoir si, au sens de l'article premier de la *Charte* et conformément au cadre analytique établi par notre Cour dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le par. 486(1) est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Dans cette tâche, il ne faut pas oublier qu'il convient d'éviter une approche formaliste. Il faut tenir compte de toutes les circonstances. Dans l'arrêt *Ross*, précité, au par. 78, notre Cour a décrit dans les termes suivants la méthode appropriée:

Le critère de l'arrêt *Oakes* devrait [...] s'appliquer avec souplesse, de manière à établir un juste équilibre entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Dans cette tâche, les tribunaux doivent tenir compte à la fois de la nature du droit violé et des valeurs spécifiques que le ministère public invoque pour justifier la violation. Cela exige qu'on examine de près le contexte. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin a réitéré l'énoncé qu'elle avait fait dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 246 et 247, selon lequel il faut situer les valeurs opposées dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à une analyse fondée sur l'article premier. [Je souligne.]

Après avoir affirmé qu'une analyse souple et contextuelle doit être faite, je me dois d'étudier le contexte du présent pourvoi à la lumière des valeurs particulières en jeu.

La première de ces valeurs est le pouvoir des tribunaux de juridiction pénale de contrôler leur propre procédure, pouvoir que la loi leur confère afin d'assurer la primauté du droit. Cette valeur a été reconnue dans *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, où le juge McLachlin a souligné que «[l]a primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû» (p. 931). De même, dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour s'est référée à l'arrêt anglais

sion of *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), where, at p. 1081, it was said:

The course of justice must not be deflected or interfered with. Those who strike at it strike at the very foundations of our society. To maintain law and order, the judges have, and must have, power at once to deal with those who offend against it.

In *B.C.G.E.U.*, *supra*, Dickson C.J. affirmed the power of courts to act in furtherance of the proper administration of justice. While said in the context of discussing contempt of court, the principle of permitting a court to control its own process may be said to extend to situations, such as the one at bar, where the court is granted a discretion to act in the interests of the proper administration of justice to exclude the public from criminal proceedings.

Related to a court's power to control its own process is the power to regulate the publicity associated with its proceedings. As such, it has been held that a legislative provision mandating a publication ban upon request by the complainant or prosecutor in sexual assault cases is constitutional; see *Canadian Newspapers*, *supra*. This Court has also recognized a common law discretion on the part of courts to order a publication ban; see *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

The court's power to regulate the publicity of its proceedings serves, among other things, to protect privacy interests, especially those of witnesses and victims. In *MacIntyre*, *supra*, Dickson J., as he then was, noted that "[m]any times it has been urged that the 'privacy' of litigants requires that the public be excluded from court proceedings" (p. 185) and in the course of weighing this interest against the interest of public access to court proceedings held that the protection of the innocent from unnecessary harm "is a valid and important policy consideration" (p. 187). Stating that the "curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance"

Morris c. Crown Office, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), où on a dit ceci, à la p. 1081:

[TRADUCTION] Le cours de la justice ne doit pas subir de déviation ni d'ingérence. Qui l'attaque, attaque le fondement même de notre société. Pour faire respecter la loi et l'ordre, les juges ont, et doivent avoir, le pouvoir de s'occuper immédiatement de ceux qui s'y attaquent.

Dans l'arrêt *B.C.G.E.U.*, précité, le juge en chef Dickson a confirmé le pouvoir des tribunaux d'agir pour assurer la bonne administration de la justice. Bien qu'il ait été énoncé dans le contexte d'une affaire d'outrage au tribunal, il est possible de dire que le principe selon lequel un tribunal peut contrôler sa propre procédure s'applique également aux situations où, comme en l'espèce, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'exclure le public de procédures pénales dans l'intérêt de la bonne administration de la justice.

Le pouvoir de régir la publicité des débats en justice est un pouvoir connexe du pouvoir dont dispose le tribunal de contrôler sa propre procédure. À cet égard, il a été jugé qu'une disposition législative obligeant le tribunal à rendre une ordonnance de non-publication à la demande du plaignant ou du poursuivant dans les affaires d'agression sexuelle est constitutionnelle; voir *Canadian Newspapers*, précité. Notre Cour a aussi reconnu l'existence, en common law, du pouvoir discrétionnaire des tribunaux de rendre des ordonnances de non-publication: voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Le pouvoir des tribunaux de régir la publicité des débats en justice sert notamment à protéger la vie privée, surtout celle des témoins et des victimes. Dans l'arrêt *MacIntyre*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), a fait observer qu'«[o]n a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos» (p. 185), et, après avoir soupesé cet intérêt et l'intérêt du public en matière d'accès aux tribunaux, il a conclu que la protection de l'innocent contre un préjudice inutile «est une considération de principe valable et importante» (p. 187). Après avoir dit que «restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance»

38

39

(pp. 186-87), he identified the protection of the innocent as among these values.

(p. 186), il a précisé que la protection de l'innocent était l'une de ces valeurs.

40 While the social interest in protecting privacy is long standing, its importance has only recently been recognized by Canadian courts. Privacy does not appear to have been a significant factor in the earlier cases which established the strong presumption in favour of open courts. That approach has generally continued to this day, and this appears inherent to the nature of a criminal trial. It must be remembered that a criminal trial often involves the production of highly offensive evidence, whether salacious, violent or grotesque. Its aim is to uncover the truth, not to provide a sanitized account of facts that will be palatable to even the most sensitive of human spirits. The criminal court is an innately tough arena.

Bien que l'intérêt de la société à protéger la vie privée soit reconnu depuis longtemps, ce n'est que récemment que son importance a été reconnue par nos tribunaux. La vie privée ne semble pas avoir été un facteur important dans la jurisprudence plus ancienne, qui a établi une forte présomption en faveur de la tenue de procédures publiques. Ce point de vue, qui s'est de façon générale perpétué jusqu'à nos jours, semble inhérent à la nature des procès criminels. Il faut se rappeler qu'un tel procès entraîne souvent la présentation d'éléments de preuve très choquants, savoir licencieux, brutaux ou grotesques. Le but des procès est de découvrir la vérité et non de fournir un compte rendu aseptisé des faits qui sera acceptable pour les esprits les plus sensibles. Les cours criminelles sont de par leur nature des endroits durs.

41 Bearing this in mind, mere offence or embarrassment will not likely suffice for the exclusion of the public from the courtroom. As noted by M. D. Lepofsky in *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings* (1985), at p. 35: "Proceedings cannot be closed only because the subject of the charges relates to purportedly morality-tinged topics such as sex." In the course of the balancing exercise under s. 1, the exigencies and realities of criminal proceedings must be weighed in the analysis.

En conséquence, le seul fait qu'une situation soit choquante ou embarrassante ne sera pas suffisant pour justifier l'exclusion du public de la salle d'audience. Comme l'a souligné M. D. Lepofsky dans *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings* (1985), à la p. 35: [TRADUCTION] «Le huis clos ne peut pas être imposé seulement parce que l'objet des accusations concerne des questions qui se rapporteraient à la moralité tel le sexe.» Les exigences et les réalités des procédures pénales doivent être soupesées dans la mise en équilibre des valeurs opposées sous le régime de l'article premier.

42 Nonetheless, the right to privacy is beginning to be seen as more significant. Thus Cory J. in *Edmonton Journal*, *supra*, considered that the protection accorded the privacy of individuals in a legislative enactment related to a pressing and substantial concern and underlined its importance in Canadian law. In this area of the law, however, privacy interests are more likely to be protected where it affects some other social interest or where failure to protect it will cause significant harm to the victim or to witnesses. This is particularly so of sexual assault cases. As L'Heureux-Dubé J. recently put it in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, a case involving the production of complain-

Néanmoins, le droit au respect de la vie privée commence à se voir reconnaître une importance plus grande. Ainsi, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, le juge Cory a considéré que la protection de la vie privée des individus prévue par une disposition législative visait une préoccupation urgente et réelle, et il a souligné son importance en droit canadien. Toutefois, dans ce domaine du droit, il y a plus de chances que les intérêts relatifs à la vie privée soient protégés s'ils ont une incidence sur d'autres intérêts de la société ou si l'omission de les protéger causera un préjudice important à la victime ou aux témoins. C'est particulièrement le cas dans les affaires d'agression

ants' medical records in relation to charges of sexual offences (at para. 158):

This Court has already recognized that society has a legitimate interest in encouraging the reporting of sexual assault and that this social interest is furthered by protecting the privacy of complainants: [*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577], at pp. 605-6. Parliament, too, has recognized this important interest in s. 276(3)(b) of the *Criminal Code*.

Similar views had earlier been expressed by Lamer J., in *Canadian Newspapers*, *supra*; see also L'Heureux-Dubé J. in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 441-42.

So far as s. 486(1) of the *Code* is concerned, then, exclusion of the public is a means by which the court may control the publicity of its proceedings with a view to protecting the innocent and safeguarding privacy interests and thereby afford a remedy to the underreporting of sexual offences.

Having set forth the relevant context, the s. 1 analysis developed in *Oakes*, *supra*, may now be undertaken. This approach requires two things to be established: the impugned state action must have an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society; and there must be proportionality between the objective and the impugned measure.

(1) Legislative Objective

To constitute a justifiable limit on a right or freedom, *Oakes* tells us, the objective of the impugned legislation must advance concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society. The appellant CBC maintains that the legislative objective of s. 486(1) is "to allow the exclusion of the public in criminal proceedings if it is in the interests of: (1) the safeguard of public morals; (2) the maintenance of order; or (3) the proper administration of justice". I have already indicated my intention to confine this appeal to

sexuelle. Comme l'a dit récemment le juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, arrêt qui concernait la production des dossiers médicaux des plaignantes relativement à des accusations d'infraction sexuelle (au par. 158):

Notre Cour a déjà reconnu que la société a un intérêt légitime à encourager le dépôt de plaintes d'agressions sexuelles et que cet intérêt est favorisé par la protection de la vie privée des plaignantes: [*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577], aux pp. 605 et 606. Le législateur fédéral a, lui aussi, reconnu cet important intérêt à l'al. 276(3)b du *Code criminel*.

Des points de vue analogues avaient déjà été exprimés par le juge Lamer dans l'arrêt *Canadian Newspapers*, précité; voir également les propos du juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, aux pp. 441 et 442.

En ce qui a trait au par. 486(1) du *Code*, l'exclusion du public est donc le moyen par lequel le tribunal peut contrôler la publicité de ses procédures en vue de protéger l'innocent et de sauvegarder la vie privée, et, partant, permet d'accroître le signalement des infractions sexuelles.

Maintenant que le contexte pertinent a été exposé, l'analyse fondée sur l'article premier élaborée dans *Oakes*, précité, peut commencer. Conformément à cette analyse, deux choses doivent être établies: la mesure gouvernementale contestée doit viser un objectif urgent et réel dans une société libre et démocratique; il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif et la mesure contestée.

(1) L'objectif législatif

Selon l'arrêt *Oakes*, pour constituer une limite justifiable d'un droit ou d'une liberté, l'objectif de la loi contestée doit viser des préoccupations qui sont urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. L'appelante SRC affirme que l'objectif du par. 486(1) est de [TRADUCTION] «permettre l'exclusion du public dans les procédures criminelles s'il y va de l'intérêt: (1) de la protection de la moralité publique; (2) du maintien de l'ordre; ou (3) de la bonne administration de la justice». J'ai déjà indiqué que j'entendais m'en tenir dans le

43

44

45

consideration of the third branch for exclusion, the “proper administration of justice”. As to this branch, the CBC concedes its pressing and substantial nature, but notes its imprecision.

présent pourvoi à l’examen du troisième motif d’exclusion, la «bonne administration de la justice». Quant à ce motif, la SRC concède qu’il a un caractère urgent et réel, mais souligne qu’il est imprécis.

46 I would characterize the objective somewhat differently. Section 486(1) aims at preserving the general principle of openness in criminal proceedings to the extent that openness is consistent with and advances the proper administration of justice. There are situations where openness conflicts with the proper administration of justice. The provision purports to further the proper administration of justice by permitting covertness where necessary. This recharacterization of the objective leaves intact that which the appellant conceded was of a pressing and substantial nature: the exclusion of the public from criminal proceedings in three specific cases. In light of the appellant’s concession, I do not intend to say more than that this objective clearly passes the first step of the s. 1 analysis.

Je caractériserais cet objectif un peu différemment. Le paragraphe 486(1) vise à préserver le principe général de la publicité des procédures criminelles dans la mesure où cette publicité est compatible avec la bonne administration de la justice et la favorise. Il y a des cas où la publicité va à l’encontre de la bonne administration de la justice. La disposition législative vise à favoriser la bonne administration de la justice en autorisant le huis clos lorsque la chose est nécessaire. Cette reformulation de la caractérisation laisse intact l’aspect de l’objectif qui, de concéder l’appelante, a un caractère urgent et réel: l’exclusion du public des procédures criminelles dans trois cas précis. Vu la concession de l’appelante, je n’ajouterai rien, si ce n’est que cet objectif satisfait clairement au premier volet de l’analyse fondée sur l’article premier.

47 The second step, or the proportionality inquiry, is broken down into three further requirements that must be established, namely: the legislative measure must be rationally connected to the objective; it must impair the guaranteed right or freedom as little as possible; and there must be proportionality between the deleterious effects of the measures and their salutary effects; see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 60.

Le deuxième volet, soit l’examen de la proportionnalité, comporte trois autres exigences qui doivent être satisfaites, savoir: la mesure législative doit avoir un lien rationnel avec l’objectif; elle doit porter atteinte le moins possible au droit ou à la liberté; il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques; voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au par. 60.

(2) Proportionality

(2) La proportionnalité

(a) *Rational Connection*

a) *Le lien rationnel*

48 In an attempt to discern whether the legislative means are rationally connected to the legislative objective, McLachlin J., in *RJR-MacDonald, supra*, at para. 154, noted that in some cases, the relationship between the infringement of the rights and the benefit sought to be achieved may not be “scientifically measurable”. In such cases, she continued, “this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, with-

Cherchant à déterminer si les mesures législatives avaient un lien rationnel avec l’objectif législatif, le juge McLachlin, dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 154, a fait remarquer que, dans certains cas, le lien entre l’atteinte aux droits et l’avantage recherché peut bien ne pas être «mesurable du point de vue scientifique». Dans ces cas, a-t-elle ajouté, «notre Cour s’est montrée disposée à reconnaître l’existence d’un lien causal entre la violation et l’avantage recherché sur le

out insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective". It was also my view in *RJR-MacDonald, supra*, that a common-sense analysis was sufficient to satisfy the rational connection branch. In the present case, where the benefit sought to be realized by the operation of s. 486(1) is the furtherance of the administration of justice, the benefit is not scientifically measurable; nor is the relationship between the benefit and the infringement. As such, it is appropriate to proceed under the rational connection inquiry on the basis of logic and reason.

Whether s. 486(1) is rationally connected to the legislative objective requires a determination of whether the particular legislative means adopted — a discretionary power in the trial judge to exclude the public where it is in the interests of the proper administration of justice — serves the legislative objective.

The discretionary element of s. 486(1) is crucial to the analysis. In this respect, the Court has held discretion to be an essential feature of the criminal justice system. As was noted in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410, a "system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid". In some cases, the *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion, and yet, as was stated in *Beare, supra*, "[t]he day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion" (p. 411).

In *Dagenais, supra*, Lamer C.J. discussed the common law discretion to order a publication ban and held that a discretionary power cannot confer the power to infringe the *Charter*. The discretion must be exercised within boundaries set by the *Charter*; an exercise of discretion exceeding these boundaries would result in reversible error. The Chief Justice further held that a publication ban should only be ordered when two things are established: (1) that the ban is necessary to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial,

fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif». Dans *RJR-MacDonald*, précité, j'ai exprimé l'avis qu'une analyse fondée sur le bon sens était suffisante pour satisfaire au critère du lien rationnel. Dans le présent cas, où l'avantage recherché par l'application du par. 486(1) est de favoriser l'administration de la justice, l'avantage n'est pas mesurable du point de vue scientifique, pas plus que ne l'est le lien entre l'avantage et l'atteinte. Il est donc approprié de faire l'analyse du lien rationnel sur le fondement de la raison et de la logique.

Pour déterminer si le par. 486(1) a un lien rationnel avec l'objectif législatif, il faut décider si le moyen législatif choisi — en l'occurrence le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'exclure le public lorsque cela est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice — sert l'objectif législatif.

L'élément discrétionnaire du par. 486(1) est décisif dans l'analyse. À cet égard, notre Cour a décidé que le pouvoir discrétionnaire constitue une caractéristique essentielle du système de justice pénale. Comme il a été souligné dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 410, un «système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner». Dans certains cas, le *Code criminel* ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais, comme il a également été dit dans *Beare*, précité, «[l']application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire» (p. 411).

Dans *Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer, après avoir étudié le pouvoir discrétionnaire, fondé sur la common law, de rendre une ordonnance de non-publication, a conclu qu'un pouvoir discrétionnaire ne peut pas donner le pouvoir d'enfreindre la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans les limites prescrites par la *Charte*; le fait d'outrepasser ces limites entraînerait une erreur susceptible de révision. Le Juge en chef a en outre statué qu'une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si les deux conditions sui-

49

50

51

because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and (2) that the salutary effects of the ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by it. This standard, he noted, “clearly reflects the substance of the *Oakes* test applicable when assessing legislation under s. 1 of the *Charter*” (p. 878). Accordingly when a judge orders a ban that contravenes this standard, the judge commits an error of law, and the order is reviewable on that basis.

vantes sont réunies: (1) l’ordonnance est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque; (2) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la liberté d’expression de ceux qui sont touchés par l’ordonnance. Cette norme, a souligné le Juge en chef, «reflète nettement l’essence du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, et utilisé pour juger une disposition législative en vertu de l’article premier de la *Charte*» (p. 878). En conséquence, quand un juge rend une ordonnance de non-publication contraire à cette norme, il commet une erreur de droit susceptible de révision.

52 In applying s. 486(1), then, a court must exercise its discretion in conformity with the *Charter*. In this way, the judicial discretion guarantees that any order made pursuant to s. 486(1) will be rationally connected to the legislative objective of furthering the proper administration of justice. Once we accept the importance of discretion as an integral aspect of our criminal justice system, then the case for discretion in the hands of the courts is perhaps the strongest. In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, Gonthier J. discussed the need for limitations on law enforcement discretion. This need is met where the discretion is vested in the courts, because the exercise of discretion is reviewable.

Par conséquent, en appliquant le par. 486(1), le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*. Le fait d’exercer ainsi le pouvoir discrétionnaire garantit que toute ordonnance rendue en application du par. 486(1) aura un lien rationnel avec l’objectif législatif qui consiste à favoriser la bonne administration de la justice. C’est peut-être lorsque nous acceptons l’importance du pouvoir discrétionnaire en tant qu’élément essentiel de notre système de justice pénale, que ressort le plus clairement l’opportunité de confier ce pouvoir aux tribunaux. Dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, le juge Gonthier a examiné le besoin de limiter le pouvoir discrétionnaire en matière d’application de la loi. Ce besoin est satisfait lorsque ce pouvoir discrétionnaire est confié aux tribunaux, car son exercice est alors susceptible de révision.

53 Thus, the grant of judicial discretion in s. 486(1) necessarily ensures that any order made will be rationally connected to the legislative objective. If it is not, then the order will constitute an error of law; the proper course in such a case is to review the particular exercise of discretion and provide an appropriate remedy. Section 486(1) sets up a means, logically connected to the legislative objective of furthering the proper administration of justice, which permits a court to order the exclusion

Ainsi, en conférant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, le par. 486(1) garantit nécessairement que les ordonnances qui seront rendues auront un lien rationnel avec l’objectif législatif. Si ce n’est pas le cas, l’ordonnance constituera alors une erreur de droit. Dans de tels cas, la marche à suivre est de contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire et d’accorder la réparation convenable. Le paragraphe 486(1) crée un moyen qui a un lien logique avec l’objectif législatif consistant à favoriser la bonne administration de la justice, et qui habilite les tribunaux à ordonner l’exclusion du

of the public where an open court would impede this objective.

The appellant contends that vesting in inferior courts the discretion to make a s. 486(1) order on the ground of the proper administration of justice is to provide insufficient guidance to courts in the exercise of their discretion. This contention is essentially an allegation that the legislation is vague or overbroad. I find it more appropriate to deal with the vagueness argument under the minimum impairment branch of the analysis. It is to this that I now turn.

(b) *Minimal Impairment*

In examining whether s. 486(1) impairs the rights under s. 2(b) as little as reasonably possible in order to achieve its objective, I begin by referring to McLachlin J.'s articulation of this requirement in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160: "The impairment must be 'minimal', that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary." However, she qualified this somewhat by noting that the tailoring process will rarely admit of perfection and thus, if the law "falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement".

I have noted the appellant's submission that the discretion conferred on trial judges by s. 486(1), to exclude the public from the courts in the interests of the proper administration of justice, is vague. In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, Sopinka J. discussed the concept of vagueness and the ways in which it could arise (at pp. 94-95):

public lorsque la publicité des débats ferait obstacle à cet objectif.

L'appelante soutient que le fait de conférer aux tribunaux inférieurs le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance prévue au par. 486(1) pour le motif touchant la bonne administration de la justice, c'est leur donner des directives insuffisantes pour exercer leur pouvoir discrétionnaire. Cet argument revient essentiellement à plaider que la loi est imprécise ou qu'elle a une portée excessive. J'estime qu'il est plus approprié d'examiner l'argument relatif à l'imprécision à l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale, ce à quoi je vais maintenant passer.

b) *L'atteinte minimale*

Afin de déterminer si le par. 486(1) restreint aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire les droits garantis à l'al. 2b) pour réaliser l'objectif législatif, je vais d'abord me référer aux observations faites par le juge McLachlin relativement à cette exigence dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160: «La restriction doit être «minimale», c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire.» Toutefois, elle a apporté une réserve à cette affirmation en soulignant que le processus d'adaptation est rarement parfait, et que si la loi «se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation».

J'ai fait mention de l'argument de l'appelanté que le pouvoir discrétionnaire d'exclure le public de la salle d'audience dans l'intérêt de la bonne administration de la justice qui est conféré au juge du procès par le par. 486(1) est imprécis. Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, le juge Sopinka a examiné la notion d'imprécision et les manières dont elle peut se manifester (aux pp. 94 et 95):

54

55

56

Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as to constitute any restraint on governmental power. The uncertainty may arise either from the generality of the discretion conferred on the donee of the power or from the use of language that is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools. In these circumstances, there is no "limit prescribed by law" and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a Charter right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth. [Emphasis added.]

Or, il existe aux moins deux façons dont l'imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l'article premier. Tout d'abord, une loi peut présenter une telle indétermination qu'il est impossible de l'interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement. Cette indétermination peut procéder soit du caractère général du pouvoir discrétionnaire accordé au détenteur de ce pouvoir, soit de l'emploi d'un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins possible exacte. Dans de telles circonstances, il n'existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n'est alors besoin de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, car la condition préliminaire de son application n'est pas remplie. La seconde façon dont l'imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l'analyse de l'article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour cause d'imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d'une disposition ainsi que l'imprécision de ses termes fassent que l'atteinte portée à un droit garanti par la Charte ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive. [Je souligne.]

57 Allegations of overbreadth, of which allegations of vagueness are said to be an aspect, are more appropriately dealt with in relation to minimal impairment; see *Osborne, supra*, at p. 95. In the present case, the appellant's submission as to vagueness relates more to imprecision and generality, than to an allegation that s. 486(1) is incapable of interpretation with any degree of precision and thus not a limit prescribed by law. (I note that Gonthier J. writing in *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, preferred to reserve the term "vagueness" for the most serious degree of vagueness where the law could not be said to constitute a "limit prescribed by law" and to use overbreadth for the other aspect of vagueness. My use of "vagueness" in this case should be construed as meaning "overbreadth".)

Il est préférable d'analyser les arguments fondés sur la portée excessive, dont l'imprécision serait un élément, à la lumière du critère relatif à l'atteinte minimale; voir l'arrêt *Osborne*, précité, à la p. 95. En l'espèce, l'argument de l'appelante en ce qui concerne l'imprécision de la disposition porte davantage sur l'imprécision des termes et leur généralité, que sur le fait qu'il est impossible d'interpréter le par. 486(1) avec un quelconque degré de précision, et que celui-ci ne constitue donc pas une restriction prescrite par une règle de droit. (Je souligne que, dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, le juge Gonthier a préféré réserver l'emploi du mot «imprécision» au degré le plus grave d'imprécision, savoir les cas où la loi est imprécise au point de ne pas constituer une restriction prescrite par une «règle de droit», et qu'il a employé plutôt le terme «portée excessive» pour désigner l'autre aspect de la notion d'imprécision. Dans le présent pourvoi, j'utilise le terme «imprécision» au sens de «portée excessive».)

58 In *Osborne*, Sopinka J. discussed vagueness in relation to the granting of wide discretionary powers and held that "[m]uch of the activity of govern-

Dans l'arrêt *Osborne*, le juge Sopinka a étudié la notion d'imprécision relativement à l'attribution de larges pouvoirs discrétionnaires, et il a statué

ment is carried on under the aegis of laws which of necessity leave a broad discretion to government officials” (p. 95). He then cited a passage from *Irwin Toy*, *supra*, at p. 983, in which this Court held that the law is rarely an exercise in absolute precision and that the question is whether there is an intelligible standard to guide the judiciary in doing its work.

Section 486(1) provides an intelligible standard — the proper administration of justice — according to which the judiciary can exercise the discretion conferred. The phrase “administration of justice” appears throughout legislation in Canada, including the *Charter*. Thus, “proper administration of justice”, which of necessity has been the subject of judicial interpretation, provides the judiciary with a workable standard.

Section 486(1) arms the judiciary with a useful and flexible interpretative tool to accomplish its goal of preserving the openness principle, subject to what is required by the proper administration of justice, and the discretionary aspect of s. 486(1) guarantees that the impairment is minimal. Again relying upon the fact that the discretion must be exercised in a manner that conforms with the *Charter*, the discretion bestowed upon the court by s. 486(1) ensures that a particular exclusionary order accomplishes just what is necessary to advance the interests of the proper administration of justice and no more. An order may be made to exclude certain members of the public, from part or all of the proceedings, and for specific periods of time. As such, an order that fails to impair the rights at stake as little as possible will constitute an error. This is exemplified by *R. v. Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560 (Alta. S.C., App. Div.), where a new trial was ordered when it was found that a trial judge had ordered the entire trial to be held *in camera* when the facts established that the proper administration of justice only required the complainant’s evidence to be taken *in camera*. The case illustrates that the public should only be

qu’«[u]ne bonne partie des activités gouvernementales s’exercent sous le régime de lois qui, nécessairement, accordent un large pouvoir discrétionnaire aux fonctionnaires» (p. 95). Il a ensuite cité un extrait de l’arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 983, dans lequel notre Cour a fait observer qu’en droit la précision absolue est rare et que la question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions.

Le paragraphe 486(1) énonce une norme intelligible — la bonne administration de la justice — suivant laquelle le pouvoir judiciaire peut exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. L’expression l’«administration de la justice» figure dans un grand nombre de lois canadiennes, y compris la *Charte*. En conséquence, la notion de «bonne administration de la justice», qui a nécessairement fait l’objet d’interprétations par les tribunaux, constitue une norme pratique pour le pouvoir judiciaire.

Le paragraphe 486(1) fournit au pouvoir judiciaire un outil d’interprétation souple et utile pour réaliser son objectif de préservation du principe de la publicité des débats en justice, sous réserve des exigences de la bonne administration de la justice, et l’aspect discrétionnaire du par. 486(1) garantit que l’atteinte sera minimale. Qui plus est, compte tenu du fait qu’il doit être exercé d’une manière conforme à la *Charte*, le pouvoir discrétionnaire attribué au tribunal par le par. 486(1) fait en sorte que l’ordonnance d’exclusion rendue n’accomplira que ce qui est nécessaire dans l’intérêt de la bonne administration de la justice. Une ordonnance peut exclure certains membres du public de tout ou partie de l’audience, et ce pour une durée déterminée. En conséquence, une ordonnance qui ne restreindrait pas le moins possible les droits en cause constituerait une erreur. On en trouve un exemple dans l’affaire *R. c. Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560 (C.S. Alb., Div. app.), où la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée parce qu’il a été décidé que le juge du procès avait ordonné le huis clos pour toute la durée du procès, alors que les faits établissaient que la bonne administration de la justice n’exigeait que le huis clos pour l’audition du

59

60

excluded from the part of the proceedings where public access would offend against the proper administration of justice.

témoignage de la plaignante. Cette affaire démontre que le public ne doit être exclu que pour la partie de l'audience à l'égard de laquelle sa présence nuirait à la bonne administration de la justice.

61 The order should be limited as much as possible. In *Dagenais, supra*, Lamer C.J. stated that a publication ban should only be ordered where it is necessary, and where reasonably available alternatives would not accomplish the same result. The same is true of the discretion accorded by s. 486(1) of the *Code*.

L'ordonnance doit être aussi limitée que possible. Dans *Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer a déclaré qu'une ordonnance de non-publication ne devait être rendue que dans le cas où une telle ordonnance est nécessaire et où il n'y a pas d'autres mesures raisonnablement disponibles et permettant d'accomplir le même résultat. Il en va de même du pouvoir discrétionnaire accordé par le par. 486(1) du *Code*.

(c) *Proportional Effects*

c) *Les effets proportionnels*

62 The "proportional effects" stage of the analysis requires a consideration of whether the deleterious effects of s. 486(1) outweigh the salutary effects of excluding the public from the courts where it is required by the proper administration of justice. Parliament has attempted to balance the different interests affected by s. 486(1) by ensuring a degree of flexibility in the form of judicial discretion, and by making openness the general rule and permitting exclusion of the public only when public accessibility would not serve the proper administration of justice. The discretion necessarily requires that the trial judge weigh the importance of the interests the order seeks to protect against the importance of openness and specifically the particular expression that is limited. In this way, proportionality is guaranteed by the nature of the judicial discretion.

À l'étape de l'analyse des «effets proportionnels», il faut se demander si les effets préjudiciables du par. 486(1) l'emportent sur les effets bénéfiques de l'exclusion du public de la salle d'audience lorsque la bonne administration de la justice exige la prise d'une telle mesure. Le législateur fédéral a tenté d'établir l'équilibre entre les différents intérêts touchés par le par. 486(1) en assurant une certaine souplesse par l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire au tribunal, et en faisant de la publicité des débats en justice la règle générale, l'exclusion n'étant permise que dans les cas où l'accès du public ne servirait pas la bonne administration de la justice. Le pouvoir discrétionnaire oblige nécessairement le juge du procès à soupeser, d'une part, l'importance des intérêts que l'ordonnance vise à protéger et, d'autre part, l'importance de la publicité des débats en justice et, plus précisément, de l'activité d'expression particulière qui est restreinte. De cette façon, la proportionnalité est garantie par la nature du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

63 It is important to stress that the particular expression that is limited in a given case may impact upon the s. 1 balancing. In *RJR-MacDonald, supra*, I noted that the evidentiary requirements of a s. 1 analysis will vary substantially with the nature of the right infringed. In the case of freedom of expression, this Court has consistently held that the level of constitutional

Il importe de souligner que l'activité d'expression particulière qui est restreinte dans un cas donné peut influencer sur la mise en équilibre des intérêts faite sous le régime de l'article premier. Dans *RJR-MacDonald*, précité, j'ai souligné que les exigences en matière de preuve dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier varient considérablement en fonction de la nature du droit

protection to which expression will be entitled varies with the nature of the expression. More specifically, the protection afforded freedom of expression is related to the relationship between the expression and the fundamental values this Court has identified as being the “core” values underlying s. 2(b). I put the matter this way in *RJR-MacDonald*, at para. 72:

Although freedom of expression is undoubtedly a fundamental value, there are other fundamental values that are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, as they often do, it is necessary for the courts to make choices based not upon an abstract, platonic analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context. This the Court has done by weighing freedom of expression claims in light of their relative connection to a set of even more fundamental values. In *Keegstra*, *supra*, at pp. 762-63, Dickson C.J. identified these fundamental or “core” values as including the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. [Emphasis added.]

This Court has subjected state action that jeopardizes these “core” values to a “searching degree of scrutiny”. Where, on the other hand, the expression in question lies far from the “centre core of the spirit” of s. 2(b), state action restricting such expression is less difficult to justify.

In the case of s. 486(1), the type of expression impaired will vary from case to case. This makes it difficult to consider the extent to which the expression restricted by s. 486(1) relates to the “core” values under a s. 1 analysis, in light of the fact that the expression will not always be of the same type. For example, some expression that is restricted by s. 486(1) may be connected to the “core” values. The expression may relate to the ability of the pub-

en cause. Dans le cas de la liberté d’expression, notre Cour a constamment affirmé que le degré de protection constitutionnelle dont bénéficie une activité d’expression varie selon la nature de cette activité. Plus précisément, la protection accordée à la liberté d’expression dépend du lien entre l’expression et les valeurs fondamentales que notre Cour a identifiées comme étant les valeurs sous-jacentes au «cœur» de l’al. 2b). Voici en quels termes j’ai formulé cette idée dans *RJR-MacDonald*, au par. 72:

Bien que la liberté d’expression constitue indubitablement une valeur fondamentale, il existe d’autres valeurs fondamentales qui méritent aussi d’être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, comme cela se produit souvent, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, platonicienne, mais sur une appréciation concrète de l’importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. C’est ce que notre Cour a fait en examinant les demandes touchant le droit à la liberté d’expression en fonction du lien relatif qu’elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales. Dans l’arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 762 et 763, le juge en chef Dickson a identifié ces valeurs fondamentales ou se trouvant au «cœur» d’une garantie comme incluant la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l’autonomie et de l’enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. [Je souligne.]

Notre Cour a fait «un examen rigoureux» des mesures étatiques qui menacent ces valeurs «fondamentales». En revanche, lorsque l’activité d’expression en question s’écarte beaucoup de l’«esprit même» de l’al. 2b), les mesures étatiques restreignant cette expression sont moins difficiles à justifier.

Dans le cas du par. 486(1), le type d’activité d’expression qui est restreint varie d’une affaire à l’autre. Il est donc difficile d’apprécier dans quelle mesure l’expression restreinte par le par. 486(1) se rapporte aux valeurs qui sont au «cœur» de l’al. 2b) pour l’analyse fondée sur l’article premier, étant donné que l’expression n’est pas toujours du même type. Par exemple, une activité d’expression restreinte par le par. 486(1) peut être liée aux

lic to participate in and contribute to the democratic system. By restricting public access to the expressive content of court proceedings, s. 486(1) inhibits informed public criticism of the court system, thereby directly impeding public participation in our democratic institutions, one of the "core" values protected by s. 2(b) of the *Charter*. However, in other cases, s. 486(1) may be used to exclude the public from proceedings where the presence of the public would impede a witness's ability to testify, thereby impairing the attainment of truth, another "core" value; see *R. v. Lefebvre* (1984), 17 C.C.C. (3d) 277, [1984] C.A. 370; *R. v. McArthur* (1984), 13 C.C.C. (3d) 152 (Ont. H.C.). On the other hand, exclusion may be ordered from that part of the proceedings where the most lurid or violent details of the offence are recounted, such that the restricted expression would lie far from the core of s. 2(b). In the end, the important point is that in deciding whether to order exclusion of the public pursuant to s. 486(1), a trial judge should bear in mind whether the type of expression that may be impaired by the order infringes upon the core values sought to be protected.

valeurs qui sont au «cœur» de l'al. 2b). L'activité d'expression peut se rattacher à la capacité du public de participer et de contribuer au système démocratique. En restreignant l'accès qu'a le public au contenu des procédures judiciaires, le par. 486(1) entrave la critique du système judiciaire par un public éclairé et fait ainsi directement obstacle à la participation du public à nos institutions démocratiques, l'une des valeurs fondamentales protégées par l'al. 2b) de la *Charte*. Toutefois, dans d'autres cas, le par. 486(1) peut être invoqué pour exclure le public de procédures où sa présence nuirait à la capacité d'un témoin de témoigner, gênant ainsi la découverte de la vérité, une autre valeur «fondamentale»; voir *R. c. Lefebvre*, [1984] C.A. 370; *R. c. McArthur* (1984), 13 C.C.C. (3d) 152 (H.C. Ont.). En revanche, l'exclusion peut être ordonnée à l'égard de la partie des procédures où les détails les plus atroces ou violents du crime sont relatés, de telle sorte que l'expression restreinte est loin des valeurs fondamentales visées à l'al. 2b). En dernière analyse, ce qui importe c'est que le juge du procès appelé à décider s'il y a lieu d'ordonner l'exclusion du public en vertu du par. 486(1) se demande si le type d'expression qui est susceptible d'être restreint par l'ordonnance porte atteinte aux valeurs fondamentales qu'on cherche à protéger.

65 In sum, it is my view that the means enacted pursuant to s. 486(1) are proportionate to the legislative objective. It must be recalled that the appropriate means of remedying a particular exclusionary order having deleterious effects outweighing its salutary effects is through judicial review of the given order.

66 From the foregoing analysis, I conclude that s. 486(1) constitutes a justifiable limit on the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* and is thereby saved by s. 1.

V. The Discretion

A. *Manner of Exercise*

67 Much of my s. 1 analysis has turned on the fact that s. 486(1) vests a discretion in the trial judge.

Bref, je suis d'avis que les moyens prévus au par. 486(1) sont proportionnés à l'objectif visé par la disposition législative. Il faut se rappeler que, lorsque les effets préjudiciables d'une ordonnance d'exclusion excèdent ses effets bénéfiques, le moyen approprié d'obtenir réparation est le contrôle judiciaire de l'ordonnance en question.

Je conclus de l'analyse qui précède que le par. 486(1) constitue une limite justifiable de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et que sa validité est en conséquence sauvegardée par l'article premier.

V. Le pouvoir discrétionnaire

A. *Les modalités d'exercice*

Mon analyse fondée sur l'article premier a reposé en grande partie sur le pouvoir discrétion-

In view of the reliance I have placed on discretion in assessing constitutional validity, I think the manner in which this discretion is to be exercised warrants some discussion beyond the simple assertion that it must comply with the *Charter*. In doing so, I will restrict my comments to exclusion in the interest of the “proper administration of justice”.

In *Dagenais, supra*, this Court reviewed the constitutionality of a publication ban ordered pursuant to the common law rule. As I have already mentioned, Lamer C.J. stated that the common law rule governing the issuance of publication bans must comply with the principles of the *Charter*. As he put it: “Since the common law rule does not authorize publication bans that limit *Charter* rights in an unjustifiable manner, an order implementing such a publication ban is an error of law on the face of the record” (p. 865). Holding that the exercise of discretion must be consistent with the *Charter*, Lamer C.J. set out a list of general guidelines for future cases. These guidelines essentially impose on the trial judge the requirements of a s. 1 balancing at the stage of determining whether or not to order a ban. These include three directives which echo the three steps of the proportionality analysis of the *Oakes* test.

The same directives are equally useful in assisting the trial judge in exercising his or her discretion within the boundaries of the *Charter* when exercising the judicial discretion to order exclusion of the public under s. 486(1). Stated in the context of such an order, the trial judge should, therefore, be guided by the following:

(a) the judge must consider the available options and consider whether there are any other reasonable and effective alternatives available;

naire que le par. 486(1) confère au juge du procès. Vu l'importance que j'ai accordée à cet élément dans l'appréciation de la constitutionnalité de la disposition, je crois que la manière dont ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé commande un examen qui ne se borne pas au simple fait d'affirmer que son application doit respecter la *Charte*. Ce faisant, je vais limiter mes observations à l'exclusion ordonnée dans l'intérêt de la «bonne administration de la justice».

Dans *Dagenais*, précité, notre Cour s'est penchée sur la constitutionnalité d'une ordonnance de non-publication rendue en vertu de la règle de common law. Comme je l'ai dit plus tôt, le juge en chef Lamer a déclaré que la règle de common law régissant les ordonnances de non-publication doit être compatible avec les principes qui sous-tendent la *Charte*. Il s'est exprimé en ces termes: «La règle de common law n'autorisant pas les interdictions de publication qui restreignent d'une manière injustifiable des droits garantis par la *Charte*, l'ordonnance qui met en application pareille interdiction de publication constitue une erreur de droit à la lecture du dossier» (p. 865). Statuant que l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit être compatible avec la *Charte*, le juge en chef Lamer a énoncé des lignes directrices générales pour les affaires ultérieures. Essentiellement, ces lignes directrices imposent au juge du procès qui est appelé à décider s'il y a lieu de rendre une ordonnance de non-publication l'obligation d'appliquer les exigences de la mise en équilibre des intérêts en vertu de l'article premier. Ces lignes directrices comportent trois directives reprenant les trois étapes de l'analyse de la proportionnalité prévue par le critère de l'arrêt *Oakes*.

Ces directives aident également le juge du procès à exercer son pouvoir discrétionnaire de manière compatible avec la *Charte* lorsqu'il est saisi d'une demande d'exclusion du public en vertu du par. 486(1). Dans le contexte d'une telle ordonnance, le juge du procès doit donc suivre les directives suivantes:

a) le juge doit envisager les solutions disponibles et se demander s'il existe d'autres mesures de rechange raisonnables et efficaces;

(b) the judge must consider whether the order is limited as much as possible; and

(c) the judge must weigh the importance of the objectives of the particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate.

b) il doit se demander si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et

c) il doit comparer l'importance des objectifs de l'ordonnance et de ses effets probables avec l'importance de la publicité des procédures et l'activité d'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l'ordonnance soient proportionnels.

70 Additionally, I provide the following for guidance on the procedure to be undertaken upon an application for a s. 486(1) order.

En outre, je tiens à donner les indications suivantes relativement à la procédure à suivre en cas de demande d'ordonnance fondée sur le par. 486(1).

71 The burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application. As in *Dagenais, supra*, the applicant bears the burden of proving: that the particular order is necessary, in terms of relating to the proper administration of justice; that the order is as limited as possible; and, that the salutary effects of the order are proportionate to its deleterious effects. In relation to the proportionality issue, if the order is sought to protect a constitutional right, this must be considered.

C'est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures. Comme dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la partie qui sollicite l'ordonnance doit prouver les éléments suivants: l'ordonnance demandée est nécessaire pour assurer la bonne administration de la justice; l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de l'ordonnance et ses effets préjudiciables. Pour ce qui est de la question de la proportionnalité, si l'ordonnance a pour but de protéger un droit constitutionnel, ce fait doit être pris en considération.

72 There must be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he or she may exercise his or her discretion judicially. In some cases in which the facts are not in dispute the statement of counsel will suffice. If there is insufficient evidence placed before the trial judge, or there is a dispute as to the relevant facts, the applicant should seek to have the evidence heard *in camera*. This may be done by way of a *voir dire*, from which the public is excluded. For example, in the present case, a *voir dire* could have been held to permit the Crown to disclose the facts not known to Rice Prov. Ct. J. in an effort to provide him with a more complete record from which to make his decision. The decision to hold a *voir dire* will be a function of what is necessary in a given case to ensure that the trial judge has a sufficient evidentiary basis upon which to act judicially.

Le juge du procès doit disposer d'une preuve suffisante pour être en mesure d'apprécier la demande et d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire. Dans les cas où les faits ne sont pas contestés, la déclaration de l'avocat suffira. Si la preuve présentée au juge est insuffisante ou s'il y a divergence de vues sur les faits pertinents, le plaideur qui sollicite l'ordonnance devrait demander que la preuve soit entendue à huis clos. Cela peut se faire au moyen d'un voir-dire, procédure au cours de laquelle le public est exclu. En l'espèce, par exemple, un voir-dire aurait pu être tenu afin de permettre au ministère public de communiquer au juge Rice de la Cour provinciale les faits qu'il ne connaissait pas, afin qu'il dispose d'un dossier plus complet pour rendre sa décision. La décision de tenir un voir-dire dépend de ce qui est nécessaire, dans un cas donné, pour que le juge du procès dispose de suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour agir de manière judiciaire.

A sufficient evidentiary basis permits a reviewing court to determine whether the evidence is capable of supporting the decision. In this regard, in *R. v. Vandavelde* (1994), 89 C.C.C. (3d) 161 (Sask. C.A.), Vancise J.A., at p. 171, referred to the concurring reasons of Kaufman J.A. in *Lefebvre, supra*, at pp. 282-83 C.C.C., who stated:

... public trials are the order ... and any exceptions (as provided for in s. 442) [now s. 486(1)] must be substantiated on a *case by case* basis. In my respectful view, it is not good enough to say "the nature of this case is sexual", and an *in camera* hearing should, therefore, be imposed. Nor, with respect, is it sufficient for a judge to say that he or she would follow the "current practice".

Discretion is an important element of our law. But, it can only be exercised judiciously when all the facts are known ... [Emphasis added by Kaufman J.A.]

Similarly, in the Alberta Court of Appeal's decision in *Brint, supra*, McGillivray C.J.A., noting that a trial in open court is "fundamental to the administration of justice in this country", stated that exclusion could only be ordered where "there are real and weighty reasons". A sufficient evidentiary basis allows the judge to determine whether such reasons exist; see *R. v. Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270 (Ont. C.A.), where the court found there was insufficient information before the trial judge to enable him to order any part of the Crown's case held *in camera*; see also *Vandavelde, supra*, where the court held that the party seeking the order must place sufficient evidence before the trial judge to permit a judicious exercise of discretion.

The information available to the trial judge must also allow a determination as to whether the order is necessary in light of reasonable and effective alternatives, whether the order has been limited as much as possible and whether the positive and negative effects of the order are proportionate.

Quand la preuve disponible est suffisante, le tribunal qui contrôle la décision est alors à même de déterminer si celle-ci est étayée par la preuve. À cet égard, le juge Vancise, dans *R. c. Vandavelde* (1994), 89 C.C.C. (3d) 161 (C.A. Sask.), à la p. 171, s'est référé aux motifs concordants du juge Kaufman dans *Lefebvre*, précité, à la p. 373, où ce dernier a dit ceci:

[TRADUCTION] ... les procès publics sont la règle [...] et toute exception (prévue à l'art. 442) [maintenant le par. 486(1)] doit être justifiée *au cas par cas*. À mon humble avis, il ne suffit pas de dire: «il s'agit d'une affaire à caractère sexuel» et, en conséquence, le huis clos s'impose. En toute déférence il ne suffit pas non plus que le juge dise qu'il suit la «pratique courante».

Le pouvoir discrétionnaire est un élément important de notre droit. Toutefois, il ne peut être exercé judicieusement que si tous les faits sont connus ... [Les italiques sont du juge Kaufman.]

De même, le juge en chef McGillivray de la Cour d'appel de l'Alberta a dit, dans l'arrêt *Brint*, précité, qu'un procès public est [TRADUCTION] «un élément fondamental de l'administration de la justice dans notre pays» et qu'en conséquence, le huis clos ne peut être ordonné que si [TRADUCTION] «des raisons véritables et probantes le commandent». Quand la preuve au dossier est suffisante, le juge est à même de déterminer si ces raisons existent; voir l'arrêt *R. c. Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270 (C.A. Ont.), où la cour a conclu que le juge du procès ne disposait pas de renseignements suffisants pour lui permettre d'ordonner qu'une partie de la preuve du ministère public soit entendue à huis clos; voir aussi l'arrêt *Vandavelde*, précité, où la cour a statué que la partie qui sollicite l'ordonnance doit présenter au juge du procès suffisamment d'éléments de preuve pour lui permettre d'exercer judicieusement son pouvoir discrétionnaire.

L'information dont dispose le juge du procès doit également permettre de déterminer si l'ordonnance est nécessaire en regard de solutions de rechange raisonnables et efficaces, si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible et s'il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de l'ordonnance et ses effets préjudiciables.

76 Finally, I must address the exercise of judicial discretion in this case and, specifically, the order made by Rice Prov. Ct. J. In doing this, it is only fair to say that Rice Prov. Ct. J. made his order prior to this Court's decision in *Dagenais, supra*. He did not, therefore, have the benefit of the three-part inquiry that I have discussed above and adapted to the particular s. 486(1) context.

B. Review of Judicial Discretion

77 In reviewing the trial judge's decision to exclude the public from part of the proceedings, it must be remembered that the trial judge is usually in the best position to assess the demands of the given situation. In *Lefebvre, supra*, the Quebec Court of Appeal found that the trial judge had acted judicially in excluding the public where a witness might have suffered stress from the circumstances of the case rendering her incapable of testifying. It continued (at p. 280 C.C.C.):

[TRANSLATION] [The trial judge] saw the witness and he could appreciate the stress which she was affected by. Sitting in appeal, and not having had the benefit of seeing and hearing the witness, I am of the opinion that it is not appropriate for this court to question the decision of the trial judge.

The court stated that where a victim of sexual assault does not want to give evidence because of the stress created by the presence of too many people, this could adversely affect the proper administration of justice. It concluded that the trial judge was in the best position to consider the victim's nervousness and was aware of the facts that would be revealed by that witness.

78 Where the record discloses facts that may support the trial judge's exercise of discretion, it should not lightly be interfered with. The trial judge is in a better position to draw conclusions from the facts he or she sees and hears, and upon which he or she may exercise the judicial discretion. This, however, presupposes that the trial judge has a sufficient evidentiary or factual basis

Enfin, je dois examiner la façon dont le pouvoir discrétionnaire a été exercé en l'espèce et, plus précisément, l'ordonnance rendue par le juge Rice de la Cour provinciale. À cet égard, pour être juste envers le juge Rice, il convient de signaler qu'il a rendu son ordonnance avant l'arrêt *Dagenais*, précité, de notre Cour. Il ne disposait donc pas de l'analyse en trois étapes que j'ai exposée précédemment et adaptée au contexte du par. 486(1).

B. Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

Dans le cadre du contrôle de la décision du juge du procès d'exclure le public d'une partie des procédures, il faut se rappeler que celui-ci est habituellement le mieux placé pour apprécier les exigences du cas. Dans l'arrêt *Lefebvre*, précité, la Cour d'appel du Québec a conclu que le juge du procès avait agi de manière judiciaire en excluant le public dans un cas où un témoin aurait pu, vu les circonstances de l'affaire, subir un stress le rendant incapable de témoigner. La Cour d'appel a poursuivi ainsi (à la p. 372):

Le juge de première instance [. . .] a vu le témoin et il a pu constater l'état de stress qui l'affectait. Siégeant en appel, n'ayant pas eu l'avantage de voir et d'entendre le témoin, je suis d'opinion qu'il n'y a pas lieu pour cette Cour de mettre en doute la décision du premier juge.

La cour a affirmé que, lorsqu'une victime d'agression sexuelle ne veut pas témoigner en raison du stress créé par la présence d'un trop grand nombre de personnes, cela risque de nuire à la bonne administration de la justice. Elle a conclu que le juge du procès était le mieux placé pour évaluer la nervosité de la victime et qu'il connaissait les faits qu'allait révéler ce témoin.

Quand le dossier révèle des faits susceptibles d'étayer l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire, il ne faudrait pas intervenir à la légère. Celui-ci est le mieux placé pour tirer, à partir des faits qu'il voit et entend, des conclusions sur lesquelles il peut se fonder pour exercer son pouvoir discrétionnaire. Cependant, cela presuppose que le juge du procès dispose d'élé-

to support the exercise of discretion and that the evidence is not misconstrued or overlooked.

In the present case, Rice Prov. Ct. J. had this to say in support of his decision to exclude the public from part of the sentencing proceedings:

The application made under 486(1) and the ban — I granted the order on the third ground that is for the proper administration of justice. The reason for that is that I am privy, due to documentation which I have before me, and did have before me prior to the application being made before — by request — I had it delivered to me prior to today's hearing which is normal. On the opinion that the proper administration of justice — in order for the court to have at least on the court record the exact nature of the events including some of the details with regard to those events — in order for justice to properly be done, it was necessary to do these, to — sorry, to have these facts presented to me in the manner in which they subsequently were and that was the basis of the order. I quite often make orders in this regard. This is the first time that I have been challenged, but that's alright, you are entitled to challenge it. . . . But, however, if these facts were to be presented for the exposure to the public, it would cause I think a great undue hardship on the persons involved, both the victims and the accused, although no representations were made on behalf of the accused other than Mr. Letcher's consent to Mr. Wood's application for the exclusion, and that is the reason. I think that the important thing is that the court know what the facts — they were presented to me in the manner in which I think would have embarrassed unnecessarily other people but I think that it was important for me to know. Thus, I think that the ground was, for the proper administration of justice, I say some of the facts I knew beforehand or some I had some idea, I didn't know exactly what the facts were thus the Order.

The appellant focuses upon the judge's finding that public access would have embarrassed some people, and submits that this is not a sufficient ground upon which to exclude the public, citing *Quesnel, supra*, in support of this submission. In *Quesnel*, the Ontario Court of Appeal held that the embarrassment of witnesses "alone is not reason to

ments de preuve ou d'un fondement factuel suffisants pour appuyer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et que la preuve n'est pas mal interprétée ou laissée de côté.

Dans le présent cas, le juge Rice de la Cour provinciale a dit ceci au soutien de sa décision d'exclure le public d'une partie des procédures de détermination de la peine:

[TRADUCTION] La demande présentée en vertu du par. 486(1) et l'exclusion — j'ai rendu l'ordonnance pour le troisième motif, savoir la bonne administration de la justice. La raison en est que je suis au courant de faits, à la lumière de documents dont je dispose, et dont je disposais avant d'être saisi de la demande — à ma demande — j'avais demandé qu'on me les communique avant l'audience d'aujourd'hui, ce qui est normal. Estimant que la bonne administration de la justice — afin que la cour puisse au moins faire porter au dossier de la cour la nature exacte des faits y compris certains des détails s'y rapportant — afin que justice soit rendue, il était nécessaire de prendre les mesures — excusez-moi, de me faire présenter les faits de la manière dont ils l'ont été par la suite; voilà quel était le fondement de l'ordonnance. Je rends assez souvent de telles ordonnances. C'est la première fois que ma décision est contestée, mais ça va, vous avez le droit de la contester. [. . .] Mais, toutefois, si ces faits étaient dévoilés en public, ils auraient, à mon sens, causé un préjudice indu considérable aux personnes concernées, tant les victimes que l'accusé, bien qu'aucune observation n'ait été faite au nom de l'accusé, à l'exception du consentement donné par M^e Letcher à l'égard de la demande d'exclusion présentée par M^e Wood, et c'est là la raison. J'estime ce qui importe c'est que la cour connaisse les faits — ils m'ont été communiqués d'une manière qui, à mon sens, aurait embarrassé inutilement d'autres personnes, mais je crois qu'il était important que je sois mis au courant. En conséquence, j'estime que le motif était l'intérêt de la bonne administration de la justice, je dis que je connaissais déjà certains faits ou que j'en avais une idée, je ne connaissais pas exactement la nature des faits, d'où l'ordonnance.

L'appelante met l'accent sur la conclusion du juge du procès que l'accès du public aurait embarrassé certaines personnes et soutient que ce motif n'était pas suffisant pour ordonner l'exclusion du public, citant l'arrêt *Quesnel*, précité, à l'appui de son argument. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'embarras susceptible d'être

suppose that truth is more difficult or unlikely or that the witness will be so frightened as to be unable to testify” (p. 275). While it is true that this would not suffice if it were the only ground for exclusion, the decision to exclude was not solely based upon a finding that a public presence would embarrass the witnesses. Rice Prov. Ct. J. also mentioned “great undue hardship on the persons involved, both the victims and the accused” among his reasons for making the order.

81 With respect to concerns relating to undue hardship, it is my view that where the circumstances and evidence support such concerns, “undue hardship on the persons involved” may, in the interests of the proper administration of justice, amount to a legitimate reason to order exclusion. The question is whether this reason is valid in the circumstances here. My conclusion with respect to this question is that the validity of these concerns is fatally impaired both in relation to the victims and to the accused.

82 I will deal first with the concerns of undue hardship to the victims. Neither the record nor the reasons provided by the Crown support a finding that the proper administration of justice required the exclusion of the public from part of the sentencing proceedings. In making his order, Rice Prov. Ct. J. had the benefit of victim impact statements and a pre-sentence report. The latter, however, was not included in the record before this Court. The victim impact statements did not disclose evidence of undue hardship that would ensue as a result of public attendance during the sentencing proceedings, nor did they disclose the circumstances of the sexual offences that were ultimately divulged during sentencing. Indeed, Rice Prov. Ct. J. expressly stated that he did not have all the facts before him in making the order: “I say some of the facts I

causé aux témoins [TRADUCTION] «n’est pas à lui seul une raison suffisante pour supposer qu’il sera plus difficile de découvrir la vérité ou encore que le témoin sera effrayé au point de ne pas pouvoir témoigner» (p. 275). Même s’il est vrai que cela serait insuffisant si c’était le seul motif d’exclusion, la décision d’imposer l’exclusion ne reposait pas seulement sur la conclusion que la présence du public aurait embarrassé les témoins. Parmi les raisons qu’il a données pour justifier son ordonnance, le juge Rice a aussi fait état du «préjudice indu considérable [qui serait causé] aux personnes concernées, tant les victimes que l’accusé».

Relativement à la crainte de préjudice indu, je suis d’avis que, si les circonstances et la preuve justifient une telle crainte, le «préjudice indu aux personnes en cause» peut, dans l’intérêt de la bonne administration de la justice, constituer un motif légitime d’ordonner l’exclusion. Il s’agit maintenant de décider si ce motif est valide dans les présentes circonstances. Sur cette question, j’en arrive à la conclusion que cette crainte n’est pas du tout fondée, tant en ce qui concerne les victimes que l’accusé.

Je vais d’abord examiner la crainte de préjudice indu en ce qui a trait aux victimes. Ni le dossier ni les motifs avancés par le ministère public n’étaient la conclusion que la bonne administration de la justice exigeait l’exclusion du public d’une partie des procédures de détermination de la peine. Lorsqu’il a rendu son ordonnance, le juge Rice disposait de déclarations des victimes sur les répercussions du crime et d’un rapport présentenciel. Ce rapport n’a cependant pas été versé au dossier de notre Cour. Les déclarations des victimes sur les répercussions du crime ne renferment pas d’éléments de preuve établissant qu’un préjudice indu aurait résulté de la tenue d’une audience publique sur la détermination de la peine, et elles n’exposent pas les circonstances des infractions sexuelles qui ont finalement été révélées au moment de la détermination de la peine. De fait, le juge Rice a explicitement dit qu’il ne disposait pas de tous les faits quand il a rendu l’ordonnance: «[J]e dis que je connaissais déjà certains faits ou que j’en avais

knew beforehand or some I had some idea, I didn't know exactly what the facts were thus the Order."

In its submission, the Crown gave the following in support of his application for a s. 486(1) order:

The nature of the evidence, of which the court hasn't heard, that constitutes the offence is very delicate. It involves young persons, female persons, and I would just ask maybe the court would consider invoking [s. 486(1)] for purposes of —

Most sexual assault cases involve evidence that may be characterized as "very delicate". The evidence did not establish that this case is elevated above other sexual assaults. This point was conceded by the Crown during oral submissions.

The mere fact that the victims are young females is not, in itself, sufficient to warrant exclusion. There were other effective means to protect them. Indeed, the privacy of the victims was already protected by a non-publication order by which their identities were withheld from the public. There was no evidence that their privacy interests required more protection. The victims were not witnesses in the proceedings, the evidence of particulars of the offences having been read in by the Crown. As such, no stress could be said to emanate from their having to testify, and the protection of witnesses was in no way jeopardized. While the criminal justice system must be ever vigilant in protecting victims of sexual assault from further victimization, it is my view that the record before Rice Prov. Ct. J. did not establish that undue hardship would befall the victims in the absence of a s. 486(1) order. Nor did the record reveal that there were any other reasons to justify an exception to the general rule of openness.

The importance of a sufficient factual foundation upon which the discretion in s. 486(1) is exercised cannot be overstated, particularly where the

une idée, je ne connaissais pas exactement la nature des faits, d'où l'ordonnance.»

Dans ses observations, l'avocat du ministère public a invoqué ce qui suit au soutien de sa demande d'ordonnance fondée sur le par. 486(1):

[TRADUCTION] La nature des faits relatifs aux infractions, que la cour n'a pas entendus, est très délicate. Elle concerne des jeunes personnes, des jeunes filles, et je demande seulement à la cour d'envisager la possibilité d'appliquer [le par. 486(1)] afin de —

La plupart des affaires d'agression sexuelle comportent des éléments de preuve qui peuvent être qualifiés comme étant de nature «très délicate». La preuve n'a pas établi que le présent cas d'agression sexuelle est plus grave que les autres. Ce point a été concédé par le ministère public durant ses observations orales.

Le simple fait que les victimes soient des jeunes filles n'est pas suffisant en soi pour justifier l'exclusion du public. Il y avait d'autres moyens efficaces de les protéger. De fait, la vie privée des victimes était déjà protégée par une ordonnance de non-publication qui a permis de cacher leur identité au public. Il n'y avait aucune preuve établissant que leur vie privée exigeait une protection encore plus grande. Les victimes n'étaient pas des témoins dans les procédures, puisque le ministère public avait déjà versé au dossier la preuve concernant les détails des infractions. Il était donc impossible d'affirmer que le fait de témoigner était pour elles une source de stress, et la protection des témoins n'était en rien compromise. Bien que le système de justice pénale doive toujours être attentif au besoin de protéger les victimes d'agression sexuelle contre toute victimisation supplémentaire, j'estime que les éléments de preuve dont disposait le juge Rice n'établissent pas qu'un préjudice indu aurait été causé aux victimes en l'absence de l'ordonnance prévue au par. 486(1). Le dossier ne révèle pas non plus l'existence d'autres motifs justifiant une exception à la règle générale de la publicité des débats en justice.

On ne saurait exagérer l'importance de l'existence d'un fondement factuel suffisant en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par.

83

84

85

reasons given by the trial judge in support of an exclusion order are scant. In this case, the record does not reveal that such a foundation existed or that the facts known to Rice Prov. Ct. J. established that the proper administration of justice required exclusion of the public in the interests of the victims.

86 At this point, I would pause to sympathize with the position in which the trial judge found himself. His sensitivity to the complainants cannot be overlooked, nor should it be. And where the record discloses sufficient information to legitimate concerns for undue hardship to the complainants, then exclusion of the public may be necessary for the proper administration of justice. However, in this case, exclusion cannot be justified on this ground in the absence of more than is disclosed by the record.

87 As to the concern expressed for undue hardship to the accused, barring exceptional cases, I cannot think there is any issue of hardship to the accused arising from prejudicial publicity once the accused has pleaded guilty. The publicity associated with a public trial will in almost every case cause some prejudice to the accused. The criminal justice system has addressed much of the potential for prejudice with procedural safeguards to ensure that trials do not proceed in the absence of reasonable and probable grounds, and that fairness is protected. Once an accused has pleaded guilty, however, prejudice is greatly diminished as the risk of having wrongly accused the person being tried is eliminated.

88 The fact that closure of the court was only ordered during the sentencing proceedings bears considerably upon my determination that the accused was not likely to suffer undue hardship in this case. As alleged by the intervener Attorney General for Ontario, the deterrence and public denunciation functions of sentencing are not to be undervalued. Public scrutiny of criminal sentencing advances both these functions by subjecting the process to the public gaze and its attendant

486(1), surtout quand les motifs donnés par le juge du procès à l'appui de l'ordonnance d'exclusion sont peu étoffés. En l'espèce, le dossier ne révèle pas l'existence d'un tel fondement et n'indique pas non plus que les faits que connaissait le juge Rice établissaient que la bonne administration de la justice exigeait l'exclusion du public dans l'intérêt des victimes.

À ce stade-ci, je tiens à souligner que je comprends la position dans laquelle le juge du procès s'est trouvé. On ne peut pas et on ne doit pas passer sous silence la sensibilité dont il a fait montre à l'endroit des plaignantes. De plus, quand le dossier fait état de renseignements suffisants pour légitimer une crainte de préjudice indu, l'exclusion du public peut alors être nécessaire dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Toutefois, dans le présent cas, l'exclusion ne peut être justifiée pour ce motif, sur la loi des seuls éléments figurant au dossier.

Quant à la crainte de préjudice indu pour l'accusé, sauf dans des cas exceptionnels, je ne pense pas que, une fois que l'accusé a plaidé coupable, ce dernier puisse prétendre à quelque préjudice indu résultant d'une publicité dommageable. La publicité qui va de pair avec la tenue d'un procès public causera dans presque tous les cas un préjudice quelconque à l'accusé. Le système de justice pénale a paré en grande partie au risque de préjudice au moyen de garanties procédurales destinées à assurer l'équité et à éviter que des procès ne soient intentés en l'absence de motifs raisonnables. Une fois que l'accusé a plaidé coupable, le risque de préjudice est toutefois considérablement réduit, car le danger qu'un innocent soit condamné à tort est alors éliminé.

Le fait que le huis clos n'a été ordonné qu'à l'égard des procédures concernant la détermination de la peine joue pour beaucoup dans ma conclusion que l'accusé n'aurait vraisemblablement pas subi de préjudice indu dans le cas présent. Comme l'a affirmé le procureur général de l'Ontario intervenant, les objectifs de dissuasion et de dénonciation que vise le processus de détermination de la peine ne doivent pas être sous-estimés. Le caractère ouvert de ce processus favorise ces deux

condemnation. The type of expression restricted in this case, expression relating to the sentencing process, weighs in favour of maintaining open court. In any criminal case, the sentencing process serves the critically important social function of permitting the public to determine what punishment fits a given crime, and whether sentences reflect consistency and proportionality. In sexual assault cases, the importance of subjecting sentencing to public scrutiny is especially strong. "Sexual assault" in law encompasses a wide array of different types of activities, with varying penalties. It is, therefore, essential to inform the public as to what is encompassed in the term "sexual assault" and the range of punishment it may attract.

In this case, there was insufficient evidence to support a concern for undue hardship to the accused or to the complainants. The order was not necessary to further the proper administration of justice and the deleterious effects of the order were not outweighed by its salutary effects. On the whole, and with some reluctance in light of the proper deference to be accorded the exercise of discretion in these types of cases, I conclude that Rice Prov. Ct. J. erred in excluding the public from any part of the proceedings.

VI. Disposition

Following oral argument for the appellant on the constitutional issue, the Chief Justice gave judgment for the Court that s. 486(1) of the *Code* was constitutionally valid. On this aspect, then, all that requires to be done is to respond to the constitutional questions.

On the exclusion order of Rice Prov. Ct. J., I find that he improperly exercised his discretion in the circumstances of this case.

objectifs en l'exposant au regard attentif du public et, partant, à sa critique. Le type d'expression qui est restreint en l'espèce, savoir l'expression concernant le processus de détermination de la peine, est un argument favorable au maintien de la publicité des débats en justice. Dans toute affaire criminelle, le processus de détermination de la peine sert un objectif social d'une importance capitale en permettant au public de déterminer quelle est la peine qui convient à un crime donné, et si les peines infligées sont uniformes et proportionnées. Dans les cas d'agression sexuelle, la publicité de la détermination des peines revêt une importance particulière. En droit, l'expression «agression sexuelle» s'entend d'un large éventail d'actes assortis de peines différentes. Voilà pourquoi il est essentiel d'informer le public sur ce que vise l'expression «agression sexuelle» et sur la gamme des peines susceptibles d'être infligées.

En l'espèce, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la crainte que l'accusé ou les plaignants subissent un préjudice indu. L'ordonnance n'était pas nécessaire pour favoriser la bonne administration de la justice, et les effets bénéfiques de l'ordonnance ne l'emportaient pas sur ses effets préjudiciables. Dans l'ensemble, et malgré une certaine hésitation à cause de la retenue dont il convient de faire preuve à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans ce type de cause, je conclus que le juge Rice de la Cour provinciale a fait erreur en excluant le public de quelque partie que ce soit des procédures.

VI. Le dispositif

À la suite des plaidoiries orales de l'appelante sur la question de la constitutionnalité, le Juge en chef a rendu jugement au nom de la Cour et statué que le par. 486(1) du *Code* était constitutionnel. Sur cet aspect, il ne reste donc qu'à répondre aux questions constitutionnelles.

Pour ce qui concerne l'ordonnance d'exclusion prononcée par le juge Rice de la Cour provinciale, je conclus que ce dernier a mal exercé son pouvoir discrétionnaire dans les circonstances de l'espèce.

89

90

91

92

Accordingly, the appeal is allowed and the judgment of the Court of Appeal on this point is reversed. I would quash the exclusion order and order access to the media and the public to the transcript of that part of the proceedings held *in camera*. Both constitutional questions are answered in the affirmative.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey Stirling Scales, Moncton.

Solicitor for the respondents: The Office of the Attorney General, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: George Thomson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Jack Watson, Edmonton.

En conséquence, le pourvoi est accueilli et, sur ce point, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé. Je suis d'avis d'annuler l'ordonnance d'exclusion et d'ordonner que les médias et le public se voient accorder accès à la transcription de la partie des procédures tenue à huis clos. Les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Stewart McKelvey Stirling Scales, Moncton.

Procureur des intimés: Le Bureau du procureur général, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.

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

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

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

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

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Réjean Richard *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Léo J. Doiron *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

J. M. Denis Lavoie *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: R. v. RICHARD

File No.: 24582.

Hearing and judgment: April 23, 1996.

Reasons delivered: October 31, 1996.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Réjean Richard *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Léo J. Doiron *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J. M. Denis Lavoie *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTOIRE: R. c. RICHARD

N° du greffe: 24582.

Audition et jugement: 23 avril 1996.

Motifs déposés: 31 octobre 1996.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Right to fair and public hearing by independent and impartial tribunal — Waiver — Persons stopped for speeding convicted under provincial statutory provision because they failed to pay fine indicated in ticket and to appear in court at time stated in ticket — Whether provincial provision infringes rights guaranteed to persons charged with offences by s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 11(d) rights waived — Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987, c. P-22.1, s. 16.

The respondents were stopped for an offence under the New Brunswick *Motor Vehicle Act* and each received a ticket. They did not pay the fine and did not appear in court at the time and place indicated in the ticket. The respondents were accordingly convicted without a trial and ordered by a Provincial Court judge to pay a fine in accordance with the procedure set out in s. 16 of the *Provincial Offences Procedure Act*. In the Court of Queen's Bench, the respondents challenged the constitutionality of that section. The court found that s. 16 infringed s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but that this infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal, in a majority decision, reversed that judgment, finding s. 16 to be invalid because it had the effect of depriving a citizen of the right guaranteed by s. 11(d) to be tried by an independent and impartial tribunal and because no statute may encroach upon the independence of the judiciary.

Held: The appeals should be allowed.

Section 16 of the *Provincial Offences Procedure Act* does not infringe s. 11(d) of the *Charter* since, as a result of the characteristics of the regulatory scheme set up by the New Brunswick legislature, s. 16 applies to situations where the accused has validly waived the benefit of s. 11(d). The liberty component of s. 7 of the *Charter* does not come into play here since the penalties that can be imposed in proceedings initiated by means of a ticket are limited to fines and the failure to pay a fine for contravening the *Motor Vehicle Act* can in no case result in imprisonment.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Droit à un procès public et équitable devant un tribunal impartial et indépendant — Renonciation — Personnes arrêtées pour excès de vitesse déclarées coupables conformément à une disposition législative provinciale parce qu'elles ont omis de payer l'amende prévue au billet de contravention et négligé de se présenter en cour au moment indiqué sur ce billet — Cette disposition provinciale porte-t-elle atteinte aux droits que l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit aux personnes inculpées? — Y a-t-il eu renonciation aux droits conférés par l'art. 11d)? — Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, art. 16.

Les intimés ont été arrêtés pour une infraction à la *Loi sur les véhicules à moteur* du Nouveau-Brunswick et ont reçu un billet de contravention. Ils n'ont pas payé l'amende et ils ne se sont pas présentés en cour à la date, à l'heure et à l'endroit mentionnés au billet de contravention. Les intimés ont donc été déclarés coupables sans procès et condamnés à payer une amende par un juge de la Cour provinciale, conformément à la procédure établie par l'art. 16 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*. En Cour du Banc de la Reine, les intimés ont contesté la constitutionnalité de cet article. La cour a conclu que l'art. 16 violait l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* mais que cette violation était justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé ce jugement statuant que l'art. 16 était invalide parce qu'il avait pour effet d'enlever au citoyen le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial que lui garantit l'al. 11d), et qu'aucune loi ne devait empiéter sur l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

L'article 16 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales* ne porte pas atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* puisqu'en raison des caractéristiques du régime réglementaire mis en place par la législature du Nouveau-Brunswick, l'art. 16 vise des situations où la personne accusée aura valablement renoncé au bénéfice de l'al. 11d). L'article 7 de la *Charte*, dans sa composante relative à la liberté, n'entre pas en jeu en l'espèce puisque les peines imposables lorsque les procédures sont initiées par billet de contravention sont limitées à des amendes et que le défaut de payer une amende découlant d'une contravention à la *Loi sur les véhicules à moteur* ne saurait en aucun cas entraîner l'emprisonnement.

In the context of regulatory offences for which imprisonment is not a possibility, s. 11(d) of the *Charter* does not prevent the legislature from inferring from an accused's failure to act that he or she waives the right to be presumed innocent and the right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, provided that the accused is fully aware of the consequences of failing to act and that the procedural scheme in place provides sufficient safeguards to ensure that the conduct of the accused was not due to events over which he or she had no control. In the present case, the system in place in New Brunswick meets these requirements fully. The *Provincial Offences Procedure Act* expressly requires that the ticket state that failure by the accused to act may result in conviction (s. 10(1)(h)), and the ticket must be delivered to the accused personally. In addition, s. 16 provides that the judge required to convict the accused if the accused neither pays the fine nor appears in court must perform certain checks, such as verifying that the ticket was delivered to the accused in accordance with the Act. The judge must not convict the accused if the judge has reason to believe that there are any irregularities. Finally, the Act affords accused persons the possibility of having their conviction set aside by applying to the court within 45 days of the conviction (s. 117), after being notified of their conviction pursuant to s. 48(1), if they satisfy a judge that their failure to appear was not their fault. Under this procedural scheme an accused is thus fully informed of the consequences of failing to act and there are sufficient safeguards to prevent injustices from occurring.

Dans un contexte d'infractions réglementaires où l'emprisonnement n'est pas une possibilité, l'al. 11d) de la *Charte* n'empêche pas le législateur de déduire de l'inaction d'une personne accusée qu'elle renonce à son droit à la présomption d'innocence et à un procès public et équitable devant un tribunal indépendant et impartial, dans la mesure où cette personne est pleinement consciente des conséquences de son inaction et où le régime procédural en place fournit suffisamment de sauvegardes permettant d'assurer que ses agissements ne résultent pas d'un événement indépendant de sa volonté. Or, en l'espèce, le système en place au Nouveau-Brunswick satisfait amplement à ces exigences. La *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales* prévoit expressément que le billet de contravention doit faire mention de la possibilité que l'inaction de la personne accusée entraîne une déclaration de culpabilité (al. 10(1)h)) et ce billet doit être remis personnellement à la personne accusée. De plus, en vertu de l'art. 16, le juge appelé à prononcer la déclaration de culpabilité à la suite du défaut de la personne accusée de payer l'amende ou de comparaître doit procéder à certaines vérifications, notamment vérifier si le billet de contravention a été remis à la personne accusée conformément à la Loi. Le juge ne doit pas déclarer la personne accusée coupable s'il a des raisons de croire à la présence d'irrégularités. Enfin, la Loi confère à la personne accusée la possibilité de faire casser la condamnation en s'adressant au tribunal dans les 45 jours de la condamnation (art. 117), après avoir été avisée de sa condamnation conformément au par. 48(1), si elle réussit à convaincre un juge que son défaut de comparaître ne résulte pas de sa faute. Ce régime procédural fait donc en sorte qu'une personne accusée est pleinement informée des conséquences qu'entraînera son inaction, tout en établissant suffisamment de protections pour éviter que des injustices ne soient commises.

Cases Cited

Applied: *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; **referred to:** *R. v. Carson* (1983), 147 D.L.R. (3d) 754; *R. v. Greckol* (1991), 64 C.C.C. (3d) 430; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Liyanage v. The Queen*, [1967] 1 A.C. 259; *Re Hertel and The Queen* (1986), 37 D.L.R. (4th) 706; *R. v. Hess (No. 2)*, [1949] 4 D.L.R. 199; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384; **arrêts mentionnés:** *R. c. Carson* (1983), 147 D.L.R. (3d) 754; *R. c. Greckol* (1991), 64 C.C.C. (3d) 430; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Liyanage c. The Queen*, [1967] 1 A.C. 259; *Re Hertel and The Queen* (1986), 37 D.L.R. (4th) 706; *R. c. Hess (No. 2)*, [1949] 4 D.L.R. 199; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *Brosseau c. The Queen*, [1969] R.C.S. 181; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1

383; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Motor Vehicle Act, R.S.N.B. 1973, c. M-17, ss. 140(1.1) [ad. 1981, c. 48, s. 8; am. 1983, c. 52, s. 12; am. 1990, c. 61, s. 84(3)], 347.1(5) [rep. & sub. 1991, c. 34, s. 1].
 N.B. Reg. 91-50, *General Regulation — Provincial Offences Procedure Act*, s. 3(1)(e).
Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987, c. P-22.1, ss. 2, 3, 5, 9, 10 [am. 1990, c. 18, s. 4; am. 1991, c. 29, s. 3], 11 [am. 1991, c. 29, s. 4], 12(1), 13, 14 [am. 1990, c. 18, s. 5; am. 1991, c. 29, s. 5; am. 1992, c. 41, s. 1], 16 [sub. 1990, c. 18, s. 7], 24, 28 [am. *idem*, s. 13], 29(1), 48(1) [am. *idem*, s. 26], 117(1).

Authors Cited

Boisvert, Anne-Marie. "La renonciation aux droits constitutionnels: quelques réflexions", dans *Développements récents en droit criminel*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989, 185.

APPEALS from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1995), 156 N.B.R. (2d) 309, 401 A.P.R. 309, allowing the appeal of the accused from judgments of Deschênes J. (1993), 131 N.B.R. (2d) 181, 333 A.P.R. 181, dismissing the appeal of the accused, who had been convicted of speeding. Appeals allowed.

Gabriel Bourgeois, for the appellant.

J. M. Denis Lavoie, for the respondents.

Bernard Laprade, for the intervener the Attorney General of Canada.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

R.C.S. 383; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, art. 2, 3, 5, 9, 10 [mod. 1990, ch. 18, art. 4; mod. 1991, ch. 29, art. 3], 11 [mod. 1991, ch. 29, art. 4], 12(1), 13, 14 [mod. 1990, ch. 18, art. 5; mod. 1991, ch. 29, art. 5; mod. 1992, ch. 41, art. 1], 16 [rempl. 1990, ch. 18, art. 7], 24, 28 [mod. *idem*, art. 13], 29(1), 48(1) [mod. *idem*, art. 26], 117(1).
Loi sur les véhicules à moteur, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17, art. 140(1.1) [aj. 1981, ch. 48, art. 8; mod. 1983, ch. 52, art. 12; mod. 1990, ch. 61, art. 84(3)], 347.1(5) [abr. & rempl. 1991, ch. 34, art. 1].
 Règl. du N.-B. 91-50, *Règlement général — Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, art. 3(1)e).

Doctrine citée

Boisvert, Anne-Marie. «La renonciation aux droits constitutionnels: quelques réflexions», dans *Développements récents en droit criminel*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989, 185.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995), 156 R.N.-B. (2^e) 309, 401 A.P.R. 309, qui a accueilli l'appel des accusés contre des jugements du juge Deschênes (1993), 131 R.N.-B. (2^e) 181, 333 A.P.R. 181, qui avait rejeté l'appel des accusés déclarés coupables d'excès de vitesse. Pourvois accueillis.

Gabriel Bourgeois, pour l'appelante.

J. M. Denis Lavoie, pour les intimés.

Bernard Laprade, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Roger B. Langille, Q.C., for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Sandra Folkins, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

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

B. Gale Welsh, Q.C., for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

English version of the judgment of the Court delivered by

LA FOREST J. — The Court has before it three appeals raising the constitutional validity, in light of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of s. 16 of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1 (the “Act”), as it relates to the prosecution of offences under the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17. Section 16 provides that accused persons who neither promptly pay the amount of the fine indicated in the ticket issued to them nor appear in court at the time and place stated therein may be convicted without a trial, by a judge who has carried out certain procedural checks, and ordered to pay a fine. Failure to pay a fine imposed for a contravention of the *Motor Vehicle Act* is in no case punishable by imprisonment: s. 347.1(5).

I. Background

The facts giving rise to the three appeals are not in dispute. Each of the respondents was stopped for speeding and received a ticket and signed the notice of prosecution corresponding to the ticket pursuant to the Act. All three were convicted of violating s. 140(1.1) of the *Motor Vehicle Act* after failing both to pay the amount of the fine indicated in the ticket and to appear in court at the time and place stated therein.

Roger B. Langille, c.r., pour l’intervenant le procureur général de l’Île-du-Prince-Édouard.

Sandra Folkins, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

B. Gale Welsh, c.r., pour l’intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LA FOREST — Notre Cour est saisie de trois pourvois soulevant tous la validité constitutionnelle, eu égard à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de l’art. 16 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1 (la «Loi»), dans la mesure où cette disposition se rapporte à la poursuite d’infractions prévues à la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17. L’article 16 prévoit qu’une personne accusée qui a négligé de payer promptement le montant de l’amende indiqué sur un billet de contravention qui lui a été délivré et qui a négligé de comparaître en cour à la date, à l’heure et à l’endroit mentionnés, peut être déclarée coupable sans procès par un juge, après qu’il a procédé à certaines vérifications procédurales, et condamnée au paiement d’une amende. Le défaut de payer une amende découlant d’une contravention à la *Loi sur les véhicules à moteur* ne peut en aucun cas entraîner l’emprisonnement: par. 347.1(5).

I. Le contexte

Les faits à l’origine des trois pourvois ne sont pas contestés. Les intimés ont tous été arrêtés pour excès de vitesse et ont reçu, conformément à la Loi, un billet de contravention et ont signé l’avis de poursuite qui correspond au billet. Ils ont tous trois été déclarés coupables d’avoir enfreint le par. 140(1.1) de la *Loi sur les véhicules à moteur* après avoir omis de payer le montant de l’amende prévu au billet et avoir négligé de se présenter en cour à la date, à l’heure et à l’endroit y indiqués.

Court of Queen's Bench (1993), 131 N.B.R. (2d) 181

3

The respondents appealed their convictions to the Court of Queen's Bench the only defence relied on being the unconstitutionality of s. 16 of the Act, but they were not successful. Deschênes J., following the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Carson* (1983), 147 D.L.R. (3d) 754, and the decision of the Alberta Court of Queen's Bench in *R. v. Greckol* (1991), 64 C.C.C. (3d) 430, which concerned similar provisions, found that s. 16 of the Act infringed s. 11(d) of the *Charter*. He was of the opinion, however, that the limitation on the s. 11(d) rights of persons charged with offences was justifiable under s. 1. In his view, the objective of establishing a more expeditious and efficient and less costly scheme for minor provincial offences was important enough to justify such a limitation. He also saw a rational connection between the scheme set up under s. 16 of the Act and this objective of efficiency in the context of offences under the *Motor Vehicle Act*. Referring to this Court's decision in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, he stated that he was satisfied that s. 16 comes within the range of means that impair the rights guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* as little as possible. Deschênes J. concluded that the salutary effects of the measure adopted in s. 16 were sufficiently proportional to its deleterious effects.

Court of Appeal (1995), 156 N.B.R. (2d) 309

4

The respondents appealed Deschênes J.'s decision to the New Brunswick Court of Appeal, where they were successful. Angers J.A., who wrote the reasons of the majority, relied on *Liyanage v. The Queen*, [1967] 1 A.C. 259 (P.C.), *Re Hertel and The Queen* (1986), 37 D.L.R. (4th) 706 (B.C.S.C.), and *R. v. Hess (No. 2)*, [1949] 4 D.L.R. 199 (B.C.C.A.), and held s. 16 to be invalid for the following reasons (at p. 316):

[TRANSLATION] Every statute which, as a matter of substantive law, has the effect of depriving a citizen of the

La Cour du Banc de la Reine (1993), 131 R.N.-B. (2^e) 181

Invoquant comme seul moyen de défense l'inconstitutionnalité de l'art. 16 de la Loi, les intimés ont alors porté leur condamnation en appel devant la Cour du Banc de la Reine, mais sans succès. Le juge Deschênes, suivant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Carson* (1983), 147 D.L.R. (3d) 754, et la décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans *R. c. Greckol* (1991), 64 C.C.C. (3d) 430, qui portaient sur des dispositions similaires, a conclu que l'art. 16 de la Loi enfreignait l'al. 11d) de la *Charte*. Cependant, il était d'avis que la restriction des droits conférés aux personnes inculpées par l'al. 11d) se justifiait en vertu de l'article premier. L'établissement d'un régime relatif à des infractions provinciales mineures plus expéditif, plus efficace et moins coûteux était à ses yeux un objectif suffisamment important pour justifier une telle restriction. De plus, il a vu un lien rationnel entre le régime établi à l'art. 16 de la Loi et cet objectif d'efficacité dans le contexte d'infractions prévues à la *Loi sur les véhicules à moteur*. S'appuyant sur l'arrêt de notre Cour, *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, il s'est déclaré convaincu de ce que l'art. 16 faisait partie de l'éventail des mesures portant le moins possible atteinte aux droits garantis par l'al. 11d) de la *Charte*. Enfin, le juge Deschênes a précisé que les effets bénéfiques de la mesure adoptée à l'art. 16 étaient suffisamment proportionnels à ses effets préjudiciables.

La Cour d'appel (1995), 156 R.N.-B. (2^e) 309

Les intimés ont porté la décision du juge Deschênes en appel devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, cette fois avec succès. Le juge Angers, rédigeant les motifs majoritaires, s'est appuyé sur les décisions *Liyanage c. The Queen*, [1967] 1 A.C. 259 (C.P.), *Re Hertel and The Queen* (1986), 37 D.L.R. (4th) 706 (C.S.C.-B.), et *R. c. Hess (No. 2)*, [1949] 4 D.L.R. 199 (C.A.C.-B.), et a conclu à l'invalidité de l'art. 16 pour les motifs suivants (à la p. 316):

Toute loi qui, en matière de droit substantif, a pour effet d'enlever au citoyen son droit d'être jugé par un tribunal

right to be tried by an independent and impartial tribunal ipso facto negates the citizen's fundamental rights: rights which are guaranteed under the *Charter*. It is in order to protect the citizen's right to a hearing before an independent and impartial tribunal that no statute may encroach upon the independence of the judiciary. In my view, a provision such as section 16 is invalid.

The majority did not discuss s. 1 of the *Charter*.

Ayles J.A. saw things differently. He agreed with Deschênes J.'s reasoning as to the scope of s. 11(d) in the context of this case and with his analysis under s. 1. He also criticized the reasoning adopted by the majority, being of the view that there was nothing unlawful or harmful to judicial independence in the procedure established by s. 16 of the Act.

On February 27, 1995, a few days after the Court of Appeal's decision, L'Heureux-Dubé J. granted the appellant a stay of execution of that decision. On June 1, 1995, the Chief Justice and Gonthier and Iacobucci JJ. granted the appellant leave to appeal the Court of Appeal's decision: [1995] 2 S.C.R. vii. At the same time, they ordered that the stay of execution be extended until this Court had rendered its judgment. The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on August 30, 1995:

1. Does the procedure established by s. 16 of the *Provincial Offences Procedure Act*, R.S.N.B., c. P-22.1, offend s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as it relates to the prosecution of offences under the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17?
2. If the answer to question 1 is yes, is the procedure justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

On April 23, 1996, this Court allowed the appeals in a judgment rendered from the bench, with reasons to follow. No order was made as to costs. The first constitutional question was answered in the negative, and the second question was accordingly not raised.

indépendant et impartial, enlève par le fait même des droits fondamentaux aux citoyens: droits qui leur sont garantis par la *Charte*. C'est pour respecter ce droit du citoyen à un tribunal indépendant et impartial qu'aucune loi ne doit empiéter sur l'indépendance du pouvoir judiciaire. À mon avis, une loi comme l'article 16 est invalide.

Les juges formant la majorité n'ont pas traité de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Ayles a vu les choses différemment. Il a souscrit au raisonnement du juge Deschênes relativement à la portée de l'al. 11d) dans le contexte des présentes ainsi qu'à son analyse fondée sur l'article premier. Il a aussi critiqué le raisonnement adopté par la majorité, jugeant que la procédure établie par l'art. 16 de la Loi n'avait rien d'illégal ni de préjudiciable à l'indépendance judiciaire.

Le 27 février 1995, quelques jours après la décision de la Cour d'appel, le juge L'Heureux-Dubé a accordé à l'appelante un sursis d'exécution de la décision de la Cour d'appel. Le 1^{er} juin 1995, le Juge en chef et les juges Gonthier et Iacobucci ont accordé à l'appelante permission de se pourvoir contre la décision de la Cour d'appel: [1995] 2 R.C.S. vii. Par la même occasion, ils ont ordonné que soit prorogé le sursis d'exécution jusqu'à ce que notre Cour rende jugement. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef le 30 août 1995:

1. La procédure établie par l'art. 16 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.R.N.-B., ch. P-22.1, contrevient-elle à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où elle se rapporte à la poursuite d'infractions prévues dans la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, la procédure est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Le 23 avril dernier, notre Cour a accueilli les pourvois séance tenante, avec motifs à suivre. Il n'y a pas eu d'adjudication des dépens. Vu que la première question constitutionnelle a reçu une réponse négative, la seconde question constitutionnelle ne se pose pas.

II. Analysis

8 Contrary to the opinion expressed by the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal, s. 16 of the Act does not infringe s. 11(d) of the *Charter*. In my view, an accused who fails both to pay the fine indicated in the ticket and to appear in court at the time and place stated therein waives the benefit of s. 11(d) of the *Charter*, and therefore the right "to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal", in the same way as if he or she had, for example, decided to plead guilty. Although at common law, the silence of the accused is equivalent to a plea of not guilty rather than to one of guilty and therefore in a criminal context ss. 7 and 11(d) might require any waiver to be made only upon appearance (a question on which I express no opinion), it is entirely different in the context of regulatory offences for which imprisonment is not a possibility and which accordingly do not bring the liberty component of s. 7 into play. In such a context, I am of the view that s. 11(d) of the *Charter* in no way prevents the legislature from inferring from the accused's failure to act a waiver on his or her part of the right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, provided that he or she is fully aware of the consequences of failing to act and that the procedural scheme in place provides sufficient safeguards to ensure that the conduct of the accused was not due to events over which he or she had no control. That is the case here.

9 Before getting to the heart of the matter, it will be necessary to summarize the impugned legislative scheme.

A. *The Legislative Scheme*

10 As its title indicates, the *Provincial Offences Procedure Act* lays down the procedural rules applicable to the prosecution of regulatory

II. L'analyse

Contrairement à l'opinion exprimée par la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel, l'art. 16 de la Loi n'enfreint pas l'al. 11d) de la *Charte*. La personne accusée qui néglige de payer l'amende indiquée au billet de contravention et omet de se présenter en cour à l'heure, à la date et à l'endroit indiqués renonce, à mon avis, au bénéfice de l'al. 11d) de la *Charte*, donc au droit «d'être présumé[e] innocent[e] tant qu'[elle] n'est pas déclaré[e] coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable», de la même façon qu'un accusé y renonce, par exemple, en décidant d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité. Bien qu'en common law, le silence de l'accusé équivaille à un plaidoyer de non-culpabilité plutôt qu'à un plaidoyer de culpabilité et que pour cette raison, dans un contexte criminel, l'art. 7 et l'al. 11d) pourraient exiger qu'une renonciation ne puisse être faite que lors de la comparution (une question à l'égard de laquelle je n'exprime aucune opinion), il en va à mon avis tout autrement dans un contexte d'infractions réglementaires où l'emprisonnement n'est pas une possibilité et, par conséquent, où l'art. 7, dans sa composante relative à la liberté, n'entre pas en jeu. Dans un tel contexte, je suis d'avis que l'al. 11d) de la *Charte* n'empêche aucunement le législateur d'inférer de l'inaction de la personne accusée une renonciation de sa part au droit à un procès instruit par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable dans la mesure où elle est pleinement consciente des conséquences de son inaction et que le régime procédural en place fournit suffisamment de sauvegardes permettant d'assurer que ses agissements ne résultent pas d'un événement indépendant de sa volonté. Or, c'est le cas en l'espèce.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, un rappel du régime législatif en cause s'impose.

A. *Le régime législatif*

La *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, comme son titre l'indique, établit les règles de procédure applicables à la pour-

offences in New Brunswick. A regulatory offence may be prosecuted in one of three ways. Section 2 states that, except as otherwise provided in a statute, proceedings are commenced by the laying of an information before a judge on oath or solemn affirmation by any person who has reasonable and probable grounds to believe that a person has committed an offence (s. 3). Proceedings may also be commenced by way of an appearance notice served by a police officer who has reasonable and probable grounds to believe that a person has committed an offence (s. 5(1) of the Act) or by an authorized person who has reasonable and probable grounds to believe that a person has committed an offence referred to as a "prescribed offence" (s. 5(2)). In each of these cases, the appearance notice is followed by the laying of an information. Where proceedings are commenced in either of these ways, they follow a course that may be described as traditional. An appearance notice is served on the accused, who must then enter a plea. If the accused does not do so, the judge must enter a plea of not guilty (s. 24). If the accused does not appear, the trial proceeds *ex parte* (see ss. 28 and 29(1)). If the *ex parte* trial results in a conviction, the accused will still be able to have the verdict set aside if he or she can satisfy the judge, on an application made not later than 45 days after the conviction, that the failure to appear occurred through no fault of the accused (s. 117(1)).

The other way in which proceedings may be instituted — which is the one we are concerned with here — is set out in ss. 9 *et seq.* of the Act. A police officer or authorized person who believes, on reasonable and probable grounds, that a person has committed a "prescribed offence" may serve that person with a ticket in prescribed form (s. 9). New Brunswick Regulation 91-50 under the *Provincial Offences Procedure Act* specifies what types of offences are "prescribed" for the purposes of the Act. Section 3(1)(e) provides that:

suite d'infractions réglementaires au Nouveau-Brunswick. La poursuite d'une infraction réglementaire peut être engagée de trois manières. L'article 2 prévoit que, sauf dispositions législatives contraires, les procédures débutent par le dépôt auprès d'un juge d'une dénonciation faite sous serment ou par affirmation solennelle, par toute personne qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une autre personne a commis une infraction (art. 3). Les procédures peuvent aussi débiter par une citation à comparaître, signifiée par un agent de police ayant des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne a commis une infraction (par. 5(1) de la Loi) ou encore par une personne autorisée ayant des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne a commis une infraction qualifiée d'«infraction prescrite» (par. 5(2)). Dans chacun de ces cas, la citation à comparaître est suivie du dépôt d'une dénonciation. Lorsque les procédures sont intentées de ces deux manières, elles suivent un cours qu'on peut qualifier de traditionnel. L'accusé est cité à comparaître et doit alors inscrire un plaidoyer. S'il n'inscrit aucun plaidoyer, le juge doit inscrire un plaidoyer de non-culpabilité (art. 24). En l'absence de comparution, l'instruction se fait *ex parte* (voir l'art. 28 et le par. 29(1)). Quand le procès *ex parte* engendre une condamnation, la personne accusée a toujours la possibilité de faire écarter le verdict si elle convainc le juge que son absence n'était due à aucune faute de sa part, sur demande faite au plus tard 45 jours après la déclaration de culpabilité (par. 117(1)).

L'autre manière d'engager les procédures — celle qui nous intéresse en l'espèce — est décrite aux art. 9 et suiv. de la Loi. Un agent de police ou une personne autorisée qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne a commis une «infraction prescrite» peut lui signifier un billet de contravention selon la formule prévue (art. 9). Le Règlement du Nouveau-Brunswick 91-50 établi en vertu de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales* précise la nature des infractions qualifiées de «prescrites» aux fins de la Loi. L'alinéa 3(1)e) prévoit que:

3(1) The following offences are specified to be prescribed offences under section 9 of the Act:

(e) all offences under the *Motor Vehicle Act* other than

(i) offences under sections 105.1, 345 and 346 of that Act, and

(ii) offences that are created by by-laws made by a local authority under that Act and that are not approved by the Lieutenant-Governor in Council. . . .

Section 10 of the Act specifies the information that must appear in the ticket, which must be served on the defendant by being delivered to him or her personally (s. 11(1)). The ticket must set out in very precise terms the offence with which the defendant is charged (ss. 10(1)(b) and 10(2)) and must also state the time and place of the appearance (s. 10(1)(c)). The ticket must state that the defendant has the right to choose the official language in which the proceedings will be conducted and to retain and instruct counsel (ss. 10(1)(d) and (e)). Section 10(1)(g) requires that the ticket state the amount of the fixed penalty and the time, place and manner of payment. Section 10(1)(f) provides that the defendant may pay the indicated penalty in the prescribed manner, in which case he or she will be deemed to have been convicted of the offence. Finally, under s. 10(1)(h), the ticket must state that if the defendant does not pay the fixed penalty and does not appear in court at the stated time and place, he or she may be convicted of the offence.

3(1) Les infractions suivantes sont des infractions prescrites en vertu de l'article 9 de la Loi:

e) toutes les infractions prévues à la *Loi sur les véhicules à moteur* autres que

(i) celles prévues aux articles 105.1, 345 et 346 de cette loi, et

(ii) celles établies par arrêté pris par une collectivité locale en vertu de cette loi et qui ne sont pas approuvées par le lieutenant-gouverneur en conseil

L'article 10 énonce les informations à inscrire sur le billet de contravention, que l'on doit signifier au défendeur en le lui remettant personnellement (par. 11(1)). Le billet doit indiquer de façon très précise l'infraction dont on l'accuse (al. 10(1)(b) et par. 10(2)), et mentionner aussi l'heure, la date et l'endroit de la comparution (al. 10(1)(c)). Le billet doit indiquer que le défendeur a le droit de choisir la langue officielle dans laquelle les procédures se dérouleront ainsi que le droit de retenir les services d'un avocat (al. 10(1)(d) et e)). L'alinéa 10(1)(g) exige que le billet indique le montant de la pénalité prévue ainsi que l'heure, la date, l'endroit et la manière dont le défendeur peut s'en acquitter. L'alinéa 10(1)(f) prévoit que le défendeur peut payer la pénalité indiquée de la manière prévue et qu'en ce cas, il est réputé avoir été déclaré coupable de l'infraction. Enfin, en raison de l'al. 10(1)(h), le billet doit mentionner que si le défendeur ne paie pas la pénalité prévue et ne comparait pas à la cour à l'heure, à la date et à l'endroit prévus, le défendeur pourra être déclaré coupable de l'infraction.

Le billet de contravention est accompagné d'un avis de poursuite que le défendeur doit signer ou, en cas de défaut ou refus, d'une attestation à cet effet (par. 11(2)). Cet avis doit nommer le défendeur en plus d'énoncer l'infraction dont on l'accuse tout en mentionnant l'heure, la date et l'endroit de la comparution (par. 11(3)). L'avis de poursuite doit être déposé auprès d'un juge au plus tard à la date mentionnée au billet de contravention pour la comparution du défendeur à moins que le défendeur n'ait dûment acquitté la pénalité conformément à l'art. 14 (par. 12(1)). L'article 13 prévoit

12

The ticket must be accompanied by a notice of prosecution, which the defendant must sign or, in the event of a failure or refusal to sign, a certification to that effect (s. 11(2)). The notice must name the defendant in addition to setting out the offence with which he or she is charged and stating the time and place of the appearance (s. 11(3)). The notice of prosecution must be filed with a judge no later than the date stated in the ticket for the defendant's appearance unless the defendant has duly paid the penalty in accordance with s. 14 (s. 12(1)). Section 13 provides that a defendant

who wishes to dispute the charge set out in the ticket must appear in court at the time and place stated, and where the defendant so appears the proceedings continue as if an information has been laid and a summons issued and served.

Where the proceedings are initiated by means of a ticket, the only sentence that may be imposed is monetary in nature. This can be seen from all the provisions of the Act dealing with the ticket procedure and from more specific provisions, such as ss. 14(5) and 16(1).

It is now necessary to reproduce, in its entirety, s. 16 of the Act, which is central to the debate in these appeals:

16(1) Where the defendant has not paid a fixed penalty before the time stated in the ticket for the payment of the fixed penalty and does not appear in court at the time and place stated in the ticket, the judge shall examine the notice of prosecution and, if the notice of prosecution contains the certificate referred to in subsection (2), the judge shall, subject to subsection (3), convict the defendant and impose a fine in the amount of the fixed penalty set out in the ticket.

16(2) The certificate on a notice of prosecution shall be in prescribed form, shall be signed, and shall state

- (a) that the person signing the certificate delivered personally to the defendant the ticket to which the notice of prosecution corresponds, and
- (b) that the ticket was in prescribed form and was completed in the same manner as the notice of prosecution.

16(3) The judge shall not convict the defendant if

- (a) the judge has reason to believe that the certificate on the notice of prosecution is inaccurate, or
- (b) the notice of prosecution contains a defect and the defect cannot be cured under section 106.

There is no need for the purposes of these appeals to further summarize the provisions of the Act. It is in the context of this detailed and very

qu'un défendeur qui désire contester l'accusation indiquée au billet de contravention doit comparaître en cour à l'heure, à la date et à l'endroit mentionnés et, lorsque le défendeur comparaît ainsi, les procédures continuent comme si une dénonciation avait été déposée et une sommation délivrée et signifiée.

Lorsque les procédures découlent d'un billet de contravention, la seule peine imposable est de nature pécuniaire. C'est ce qui ressort de l'ensemble des dispositions de la Loi ayant trait à la procédure par billet de contravention ainsi que de dispositions plus spécifiques, comme par exemple le par. 14(5) et le par. 16(1).

Il y a lieu de reproduire intégralement l'art. 16 de la Loi, qui est au cœur du débat engendré par les présents pourvois:

16(1) Lorsque le défendeur n'a pas payé la pénalité prévue avant l'heure et la date mentionnées au billet de contravention pour le paiement de la pénalité prévue et qu'il ne comparaît pas à la cour à l'heure, à la date et à l'endroit mentionnés au billet de contravention, le juge doit examiner l'avis de poursuite et, si l'avis de poursuite contient le certificat visé au paragraphe (2) le juge doit, sous réserve du paragraphe (3), déclarer le défendeur coupable et imposer l'amende au montant de la pénalité prévue indiqué au billet de contravention.

16(2) Le certificat sur l'avis de poursuite doit être selon la formule prescrite, doit être signé et doit indiquer

- a) que la personne signant le certificat a remis personnellement au défendeur le billet de contravention auquel l'avis de poursuite correspond, et
- b) que le billet de contravention était selon la formule prescrite et a été rempli de la même manière que l'avis de poursuite.

16(3) Le juge ne doit pas déclarer le défendeur coupable si

- a) le juge a des raisons de croire que le certificat sur l'avis de poursuite est inexact, ou
- b) l'avis de poursuite est entaché d'une irrégularité et il ne peut y être remédié en vertu de l'article 106.

Il est inutile, pour les fins des présents pourvois, de résumer davantage les dispositions de la Loi. C'est donc dans le contexte de ce régime législatif

13

14

15

complete legislative scheme that the provision whose constitutionality is being challenged arises.

B. *Section 11(d) of the Charter*

16 The respondents maintained that s. 16 of the Act violates s. 11(d) of the *Charter* in two ways. First, they argued that permitting a judge to convict an accused without requiring the Crown to adduce any evidence whatever deprives the accused of the right under s. 11(d) to be presumed innocent. Secondly, the respondents agreed with the conclusion of the Court of Appeal and submitted that s. 16 of the Act restricts the right of the accused under s. 11(d) of the *Charter* to be tried by an independent tribunal, since the effect of the impugned provision is to prevent the judge from deciding to the best of his or her knowledge and belief after hearing the facts of the case.

17 The appellant maintained on the contrary that it can be seen from a contextual analysis of the scope of the protection conferred by s. 11(d) that s. 16 of the Act does not infringe that constitutional provision. For the purposes of s. 11(d), it is sufficient that the established procedure afford accused persons a reasonable opportunity to appear or to plead their innocence, which the Act does afford them. In the alternative, the appellant argued that accused persons who fail both to pay the amount of the penalty set out in the ticket and to appear in court at the time and place stated therein, by their conduct, waive the benefit of s. 11(d) of the *Charter*. Section 16 of the Act accordingly does not violate s. 11(d), which affords no protection to anyone who has waived it.

18 I shall digress here. I find it very hard to see how the appellant Crown's main argument is different from its alternative argument. It began by arguing that the essence of s. 11(d) in the context of this case is to afford accused persons a reasonable opportunity — of which they must avail themselves — to benefit from the rights and freedoms set out therein. Its alternative argument is that legislatures can deprive accused persons of their

détaillé et fort complet que s'inscrit la disposition dont la constitutionnalité est contestée en l'espèce.

B. *L'alinéa 11d) de la Charte*

Les intimés soutiennent que l'art. 16 de la Loi porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* de deux manières. Premièrement, ils prétendent que permettre à un juge de déclarer coupable une personne accusée sans que la Couronne soit tenue de présenter quelque preuve que ce soit enlevait à cette personne le bénéfice du droit à la présomption d'innocence que lui confère l'al. 11d). Deuxièmement, les intimés souscrivent à la conclusion de la Cour d'appel et prétendent que l'art. 16 de la Loi restreint le droit de la personne accusée d'être jugée par un tribunal indépendant que lui confère l'al. 11d) de la *Charte* puisque l'effet de la disposition attaquée est d'empêcher le juge de pouvoir rendre une décision selon son âme et conscience, après avoir entendu les faits de la cause.

L'appelante soutient au contraire qu'une analyse contextuelle de la portée de la protection conférée par l'al. 11d) révèle que l'art. 16 de la Loi n'enfreint pas cette disposition constitutionnelle. Aux fins de l'al. 11d), il suffit que la procédure établie accorde à la personne accusée une opportunité raisonnable de comparaître ou de plaider son innocence, ce que confère la Loi aux personnes accusées. Subsidiairement, l'appelante prétend qu'une personne accusée qui néglige de payer le montant de la pénalité indiqué au billet de contravention et omet de se présenter en cour à l'heure, à la date et à l'endroit indiqués renonce, par son comportement, au bénéfice de l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 16 de la Loi n'enfreint donc aucunement l'al. 11d), qui ne confère aucune protection à quiconque y renonce.

J'ouvre d'abord une parenthèse. J'ai bien du mal à comprendre en quoi l'argument principal de l'appelante se distingue de son argument subsidiaire. Elle prétend d'abord que l'essence de l'al. 11d), dans le contexte des présentes, est de fournir aux personnes accusées l'opportunité raisonnable — dont elles doivent se prévaloir — de bénéficier des droits et libertés qui y sont énoncés. Elle soutient subsidiairement que les législatures peuvent priver

rights under s. 11(d) where, as in the present case, the accused have waived those rights. If s. 11(d) must be interpreted in the instant case as merely affording an opportunity to benefit from those rights, it follows that persons who do not exercise them will lose the benefit of that protection and, thus, that persons who wish to benefit from them will have to exercise their rights. In my view, an analysis showing that a person has not exercised his or her rights is closely akin to that of the circumstances capable of amounting to a waiver of these rights. The conduct of the accused person ceases to amount to a waiver as soon as he or she begins to exercise his or her rights. Whichever way the analysis is conducted, the considerations will be the same, with the result that the same constitutional reality will be expressed in two ways. In *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384, a decision to which I will be returning, Wilson J., who was supported by a majority of the members of this Court on the issue, came to the same conclusion on this very distinction. In *Lee*, the Court was considering the constitutionality of s. 526.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 598), in light of s. 11(f) of the *Charter*, which guarantees the right to a jury trial in certain circumstances. The impugned statutory provision inferred a waiver of the right to a jury trial from the failure of an accused to appear for his or her trial without a legitimate excuse. As in the case at bar, the Crown argued that the provision was valid both because it was directed at situations where accused persons fail to exercise their right and because it was directed at situations where accused persons, by their conduct, waive their constitutional right to a jury trial. Wilson J. stated the following about the distinction between these two arguments, at pp. 1412-13:

Similar in kind to the argument based on waiver is the submission that the accused by failing to appear without a legitimate excuse has simply failed to exercise his right to a jury trial. The British Columbia Court of Appeal in *Re McNabb and The Queen* expressed the view that s. 526.1 did not deprive an accused of his

les personnes inculpées de leurs droits découlant de l'al. 11d) lorsqu'elles le font dans des circonstances où, comme en l'espèce, celles-ci auront renoncé à ces droits. Si l'alinéa 11d) doit être interprété en l'espèce comme ne conférant que l'opportunité de bénéficier de ces droits, il s'ensuit d'abord que la personne qui ne s'en prévaut pas perd le bénéfice de cette protection et donc que le bénéficiaire a l'obligation de s'en prévaloir. Or, à mon avis, une analyse permettant de conclure qu'une personne ne s'est pas prévalu de ses droits rejoint celle des circonstances susceptibles de comporter une renonciation à ses droits. Le comportement de la personne accusée cesse de constituer une renonciation à partir du moment où elle commence à se prévaloir de ses droits. Que l'on procède à l'analyse d'une façon ou de l'autre, les considérations sont les mêmes de sorte que l'on exprime la même réalité constitutionnelle de deux manières. Dans *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, décision sur laquelle j'aurai l'occasion de revenir, le juge Wilson, ralliant une majorité des membres de notre Cour sur cette question, est venue à la même conclusion sur précisément cette distinction. Dans cette affaire, la Cour s'est penchée sur la constitutionnalité de l'art. 526.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 598), eu égard à l'al. 11f) de la *Charte*, qui garantit dans certaines circonstances le droit à un procès par jury. La disposition législative en cause inférait du défaut de la personne accusée de se présenter à son procès, sans excuse légitime, une renonciation à son droit à un procès par jury. Or, comme en l'espèce, la Couronne soutenait la validité de la disposition en plaidant qu'elle visait une situation où la personne accusée avait fait défaut de se prévaloir de son droit, mais aussi parce qu'elle visait une situation où la personne accusée avait renoncé, par son comportement, à son droit constitutionnel à un procès par jury. Le juge Wilson avait ceci à dire sur la distinction entre ces deux arguments, aux pp. 1412 et 1413:

Un argument analogue à celui fondé sur la renonciation consiste à dire que la non-comparution sans excuse légitime équivaut simplement à un défaut d'exercer le droit à un procès avec jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a exprimé dans l'arrêt *Re McNabb and The Queen* l'avis que l'art. 526.1, loin de

Charter right; rather, what the section did was to specify the consequences if an accused chose not to exercise his right by failing to appear at his trial. The Court held that if the accused could satisfy the court that he had a legitimate excuse for failing to appear, then he would not have failed to exercise his right. But if he had no such excuse, then he would have failed to exercise his *Charter* right and could not thereafter be heard to complain that he had been deprived of it.

The nub of this argument is the same as in the argument based on waiver, namely that it is the accused's own conduct and not the statute which deprives him of his *Charter* right. The only difference is that in this case the conduct is characterized as a failure to exercise the right as opposed to a waiver of the right. Presumably, it is thought through this distinction to avoid the strict standard of proof required in the case of waiver. [Emphasis in second paragraph added.]

Thus, any right that can be waived may be seen as affording those who have it the opportunity to exercise it. I will be analysing the issue in the case at bar from the perspective of waiver, however, since that is how this Court has ordinarily approached such questions in the past.

19

It should first be noted that s. 11(d) applies to regulatory offences such as those at issue here. In *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, this Court defined the scope of the protection afforded by s. 11 of the *Charter* in the context of regulatory offences. Wilson J., on behalf of the Court, made the following comments, which are highly relevant here, concerning the applicability of s. 11(d) (at pp. 559-60):

There are many examples of offences which are criminal in nature but which carry relatively minor consequences following conviction. Proceedings in respect of these offences would nevertheless be subject to the protections of s. 11 of the *Charter*. It cannot be seriously contended that, just because a minor traffic offence leads to a very slight consequence, perhaps only a small fine, that offence does not fall within s. 11. It is a criminal or quasi-criminal proceeding. It is the sort of offence which by its very nature must fall within s. 11. I would agree, therefore, with the comments made by Linden J. in *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C.) In that case, the accused claimed

priver un accusé du droit garanti par la *Charte*, précise en réalité les conséquences de la situation dans laquelle un accusé choisit, en ne comparaisant pas à son procès, de ne pas exercer ce droit. La Cour a dit que, si l'accusé pouvait établir qu'il avait une excuse légitime pour ne pas avoir comparu, il n'y aurait pas eu alors défaut d'exercer son droit. Si toutefois il ne pouvait présenter une telle excuse, il y aurait non-exercice du droit conféré par la *Charte* et l'accusé serait par la suite irrecevable à se plaindre d'en avoir été privé.

Cet argument est pour l'essentiel identique à celui fondé sur la renonciation, savoir que c'est la conduite de l'accusé lui-même et non la loi qui le prive de son droit garanti par la *Charte*. La seule différence est qu'en l'espèce il s'agit d'une conduite caractérisée comme le défaut d'exercer le droit en question par opposition à la renonciation à ce droit. Par cette distinction, on croit vraisemblablement éluder la sévère norme de preuve applicable aux renoncements. [Soulignement au deuxième paragraphe ajouté.]

Tout droit pouvant faire l'objet d'une renonciation peut donc se concevoir comme conférant aux personnes en bénéficiant l'opportunité de s'en prévaloir. J'analyserai cependant la question soulevée en l'espèce sous l'angle de la renonciation puisque c'est ainsi que notre Cour a, au fil des ans, pris l'habitude d'aborder de telles questions.

Rappelons d'abord que l'al. 11d) s'applique à des infractions réglementaires de la nature de celles en cause en l'espèce. Dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, notre Cour a précisé l'étendue de la protection accordée par l'art. 11 de la *Charte* dans le contexte d'infractions réglementaires. Le juge Wilson, au nom de la Cour, y a tenu des propos forts pertinents en l'espèce quant à l'applicabilité de l'al. 11d) (aux pp. 559 et 560):

Il y a de nombreux exemples d'infractions qui sont de nature criminelle mais qui entraînent des conséquences relativement mineures par suite d'une déclaration de culpabilité. Les procédures relatives à ces infractions seraient néanmoins assujetties à la protection de l'art. 11 de la *Charte*. On ne peut sérieusement soutenir que du seul fait qu'une infraction mineure en matière de circulation entraîne une conséquence très négligeable, voire une légère amende seulement, cette infraction ne relève pas de l'art. 11. Il s'agit d'une procédure criminelle ou quasi criminelle. C'est le genre d'infraction qui, de par sa nature même, doit relever de l'art. 11. Par conséquent, je suis d'accord avec les observations du juge

the benefit of s. 11 following the alleged commission of a parking offence. At page 205 Linden J. said:

This provision of the Charter is available only to persons charged with an offence. On my reading of the by-laws and the legislation, the applicant is such a person, having been charged with offences when the summonses were issued against her.

There can be no question that parking infractions are "offences" as that word is used in s. 11 of the Charter. The respondents contend that these are not the types of transgressions against society s. 11 of the Charter is directed at, since there is virtually no stigma attached to a parking ticket. In my view, however, the degree of stigma is of no significance.

Section 11(d) reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

The constitutional guarantee provided for in s. 11(d) is broad. The provision essentially confers two things on any person charged with an offence: the constitutional right to be presumed innocent — with all its corollaries — and the right to a hearing that must, according to s. 11(d), have certain characteristics, namely those of being fair, public and conducted by an independent and impartial tribunal. Section 11(d) raises certain fundamental rules of our common law to the level of constitutional values.

However, the possibility for accused persons of pleading guilty, thereby waiving the benefit of the presumption of innocence and the right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal by admitting their criminal liability, is an equally essential component of our common law. The effect of a guilty plea was described as follows by Laskin J. (as he then was), dissenting

Linden dans *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C.) Dans cette affaire, l'accusée a réclamé l'application de l'art. 11 par suite d'une prétendue infraction en matière de stationnement. À la page 205, le juge Linden a dit:

[TRADUCTION] Seuls les inculpés peuvent invoquer cette disposition de la Charte. Selon mon interprétation du règlement et de la loi en question, la requérante est une telle personne, ayant été accusée d'avoir commis des infractions lorsque les sommations ont été délivrées contre elle.

Il est incontestable que les infractions de stationnement sont des «infractions» au sens de l'art. 11 de la Charte. Les intimés soutiennent que l'art. 11 de la Charte ne vise pas ce genre de fautes contre la société puisqu'un billet de stationnement ne laisse pratiquement aucun stigmat. Toutefois, j'estime que la gravité des conséquences n'est pas importante.

L'alinéa 11d) se lit comme suit:

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

L'étendue de la garantie constitutionnelle prévue à l'al. 11d) est vaste. Essentiellement, la disposition confère à tout inculpé deux choses: le droit constitutionnel à la présomption d'innocence — avec tous ses corollaires — ainsi que le droit à un procès qui, nous précise l'al. 11d), doit revêtir certaines caractéristiques, soit être public, équitable et instruit par un tribunal indépendant et impartial. L'alinéa 11d) élève au rang de valeurs constitutionnelles des règles fondamentales de notre common law.

Or, la possibilité s'offrant à une personne inculpée d'inscrire un plaidoyer de culpabilité et d'ainsi renoncer au bénéfice de la présomption d'innocence et au droit à un procès public, équitable et instruit par un tribunal indépendant et impartial en admettant sa responsabilité criminelle constitue une composante tout aussi essentielle de notre common law. L'effet d'un plaidoyer de culpabilité

on other issues, in *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426, at p. 440:

A plea of guilty carries an admission that the accused so pleading has committed the crime charged and a consent to a conviction being entered without any trial. The accused by such a plea relieves the Crown of the burden to prove guilt beyond a reasonable doubt, abandons his non-compellability as a witness and his right to remain silent and surrenders his right to offer full answer and defence to a charge.

Owing to the obviously prejudicial consequences of a guilty plea for the accused, the common law gives judges some discretion to ensure that the accused entered the plea with full knowledge of those consequences in order to avoid any injustice. Thus, a judge may refuse, for "valid reasons", to accept the plea of guilty, or the plea may subsequently be varied by having the accused substitute a plea of not guilty (*Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181, and *Adgey, supra*). My purpose in drawing a parallel with the guilty plea here is to show that the rights and freedoms protected by s. 11(d) are, by their very nature, rights that can be waived by those to whom they apply.

C. Waiver of Charter Rights and Freedoms

22

This Court has already recognized that there are circumstances in which a right or freedom conferred by the *Charter* can be waived. However, the possibility of waiving certain constitutional rights, the manner in which such a waiver may be made, the extent to which such rights can be waived and the effect of a waiver may vary with the nature and scope of the right in question: A.-M. Boisvert, "La renonciation aux droits constitutionnels: quelques réflexions", in *Développements récents en droit criminel* (1989), 185, at pp. 186-87. That is why, for example, the right to be tried within a reasonable time (see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R.

est décrit ainsi par le juge Laskin (plus tard Juge en chef), dissident sur d'autres questions, dans *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426, à la p. 440:

Un plaidoyer de culpabilité comporte en soi l'aveu que l'accusé qui l'offre a commis le crime imputé, de même qu'un consentement à ce qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite sans procès d'aucune sorte. L'accusé, par un tel plaidoyer, délie le ministère public de l'obligation de prouver la culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, abandonne son privilège de ne pouvoir être contraint à témoigner et son droit de rester muet, et renonce à son droit de faire une réponse et défense complète à l'encontre d'une accusation.

En raison des conséquences évidemment préjudiciables d'un plaidoyer de culpabilité pour la personne accusée, la common law reconnaît au juge une certaine discrétion lui permettant de s'assurer que le plaidoyer est fait en toute connaissance de cause de la part de la personne accusée, et ainsi d'éviter toute injustice. Le juge peut donc refuser, pour des «motifs valables» d'accepter le plaidoyer de culpabilité, ou encore que celui-ci soit subscrit quement modifié et que l'accusé y substitue un plaidoyer de non-culpabilité (*Brosseau c. The Queen*, [1969] R.C.S. 181, et *Adgey, précité*). Je trace à ce stade un parallèle avec le plaidoyer de culpabilité pour démontrer que les droits et libertés protégés par l'al. 11d) sont, de par leur nature même, des droits auxquels les personnes en bénéficiant peuvent renoncer.

C. La renonciation aux droits et libertés reconnus par la Charte

Notre Cour a déjà reconnu que, dans certaines circonstances, il était possible de renoncer à un droit ou une liberté conféré par la *Charte*. Cependant, la possibilité de renoncer à certains droits constitutionnels, la manière suivant laquelle une telle renonciation pourra être faite, la mesure dans laquelle une personne pourra renoncer à de tels droits et l'effet d'une renonciation pourront différer en fonction de la nature et de l'étendue du droit en cause: A.-M. Boisvert, «La renonciation aux droits constitutionnels: quelques réflexions», dans *Développements récents en droit criminel* (1989), 185, aux pp. 186 et 187. C'est ce qui explique

863, *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, and *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771) is not necessarily waived in the same way and to the same extent as the right to counsel (see *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383), and why it may sometimes even be impossible to waive a constitutional right (see *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 996). It is clear, however, that where it is possible to waive a given right or freedom, this Court has always stressed that the conduct of the holder of the right or freedom amounting to waiver must be voluntary and that he or she must have full knowledge of the consequences of that waiver.

The possibility of waiving the benefit of s. 11(d) of the *Charter* implies — as is the case with any *Charter* right or freedom that can be waived — that legislatures can “deny” an accused the benefit of s. 11(d) if they do so in circumstances in which the accused has by his or her conduct waived that benefit. It is clear that in so doing they are not in actual fact denying a constitutional right. If the impugned legislative measure relates to a situation in which the accused has waived the benefit of s. 11(d), it is quite simply no longer open to the accused to argue that the measure in question is unconstitutional. This proposition can be illustrated with an obvious example. A statute providing that “an accused who pleads guilty is no longer entitled to a trial” could not be challenged on the ground that it denies accused persons the benefit of s. 11(d). Section 11(d) does of course grant them the right to a trial, but when a guilty plea is validly entered, the accused just as validly waives his or her right to a trial. Thus, nothing prevents the legislature, in such circumstances, from expressly denying the benefit of the constitutional provision that is at the very heart of the waiver.

That is exactly what the appellant is arguing in the case at bar. Section 16 of the Act applies where

pourquoi, par exemple, on ne renonce pas nécessairement de la même manière et dans la même mesure au droit d’être jugé dans un délai raisonnable (voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771) et au droit à l’assistance d’un avocat (voir *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383), et qu’il soit même parfois impossible de renoncer à un droit constitutionnel (voir *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, à la p. 996). Il est cependant clair que notre Cour a toujours insisté sur l’importance du caractère volontaire des agissements du bénéficiaire d’un droit ou d’une liberté donné équivalant à une renonciation ainsi que sur la pleine connaissance de sa part des conséquences découlant de cette renonciation, lorsqu’il s’avérait possible d’y renoncer.

La possibilité de renoncer au bénéfice de l’al. 11d) de la *Charte* implique — comme c’est le cas à l’égard de tout droit ou liberté protégé par la *Charte* susceptible de renonciation — que les législatures peuvent «nier» aux personnes inculpées le bénéfice de l’al. 11d) lorsqu’elles le font dans des circonstances où ces personnes y auront, par leur comportement, renoncé. On comprend qu’il ne s’agit pas d’une véritable négation d’un droit constitutionnel de leur part. Si la mesure législative contestée vise une situation où la personne accusée a renoncé au bénéfice de l’al. 11d), elle ne peut tout simplement plus prétendre à l’inconstitutionnalité de cette mesure. On peut illustrer cette proposition par un exemple évident. Une loi qui prévoirait que «la personne accusée qui inscrit un plaidoyer de culpabilité n’a plus droit à un procès» ne pourrait être attaquée pour le motif qu’elle nie aux personnes inculpées le bénéfice de l’al. 11d). Certes, cette disposition leur confère le droit à un procès. Mais dans la mesure où un plaidoyer de culpabilité a été validement inscrit, la personne inculpée renonce tout aussi validement à son droit à un procès. Rien n’empêche donc le législateur, dans ces circonstances, de nier expressément le bénéfice de la disposition constitutionnelle qui est au cœur même de la renonciation.

Or, c’est exactement ce que prétend l’appelante en l’espèce. L’article 16 de la Loi s’applique dans

a person charged with an offence has waived the benefit of s. 11(d) of the *Charter*. As a consequence, s. 16, the effect of which is to provide for conviction without a trial, does not constitute a limitation on that constitutional provision.

des circonstances où les personnes accusées d'une infraction renoncent au bénéfice de l'al. 11d) de la *Charte*. Par conséquent, l'art. 16, dont l'effet est de prévoir la condamnation sans procès, ne constitue pas une limitation à cette disposition constitutionnelle.

25 In order to deal with such an argument properly, it must be determined whether the impugned statutory provision is applicable only in circumstances in which the accused has actually (and validly) waived the constitutional provision in question.

Pour correctement trancher la question, on doit déterminer si le champ d'application de la disposition législative contestée se limite à des circonstances où la personne accusée a bel et bien (et valablement) renoncé à la disposition constitutionnelle invoquée.

26 The analytical approach to be followed can best be illustrated and explained by drawing a parallel with this Court's decision in *Lee, supra*. As I explained, *Lee* concerned the constitutionality of s. 526.1 (now s. 598) of the *Criminal Code*, which provides that accused persons who fail to appear for their trial and do not give the court a legitimate excuse are deemed to have waived their right to a jury trial. It was argued that the impugned provision did not offend s. 11(f) of the *Charter* because it dealt with a situation where the accused had by his or her conduct and omission waived his or her constitutional rights under s. 11(f). Wilson J., speaking for the majority on this point, stated that to dispose of this argument, the Court had to determine whether it was constitutionally possible to infer a valid waiver of the benefit of s. 11(f) of the *Charter* from the conduct referred to in s. 526.1, which meant that we had to determine in what circumstances an accused could be said to have waived the constitutional right to a jury trial. The Court held that a waiver of s. 11(f) of the *Charter*, to be valid, must be clear and unequivocal and that, since the conduct from which the legislation inferred a waiver of the right to a jury trial was not sufficiently "clear and unequivocal", s. 526.1 violated s. 11(f) of the *Charter*. There was quite simply no sufficiently clear connection between an accused's failure to appear without a legitimate excuse and the form of trial.

La démarche analytique à suivre peut être clairement illustrée en traçant un parallèle avec l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Lee*, précitée. Comme je l'ai expliqué, ce pourvoi mettait en cause la constitutionnalité de l'art. 526.1 du *Code criminel* (maintenant l'art. 598). Cette disposition prévoit qu'une personne accusée qui ne comparaît pas à son procès et qui ne fournit pas à la cour une excuse légitime est réputée avoir renoncé à son droit à un procès par jury. On a prétendu que la disposition en question ne violait pas l'al. 11f) de la *Charte* puisqu'elle visait une situation où la personne accusée avait, par son comportement et son omission, renoncé à ses droits constitutionnels garantis par l'al. 11f). Le juge Wilson, au nom de la majorité sur ce point, a précisé que pour trancher la question, la Cour devait déterminer s'il était constitutionnellement possible d'inférer du comportement visé par l'art. 526.1 une renonciation valide au bénéfice de l'al. 11f) de la *Charte*. Pour ce faire, nous devons déterminer dans quelles circonstances on pouvait juger qu'une personne accusée avait renoncé au droit constitutionnel à un procès par jury. Or, notre Cour a décidé qu'une renonciation à l'al. 11f) de la *Charte*, pour avoir effet, devait être claire et non équivoque. Comme le comportement à partir duquel la loi inférait une renonciation au droit à un procès par jury n'était pas suffisamment «clair et non équivoque», la Cour a jugé que l'art. 526.1 contrevenait à l'al. 11f) de la *Charte*: il n'existait tout simplement pas de lien suffisamment clair entre la non-comparution de l'accusé sans excuse légitime et le mode de procès.

D. *Section 16 of the Act*

The analytical approach to be followed in this case is similar to the one adopted by this Court in *Lee*, and in applying it here, I have reached the conclusion that, as a result of the characteristics of the regulatory scheme set up by the New Brunswick legislature, s. 16 of the Act applies to situations where the accused has validly waived the benefit of s. 11(d) of the *Charter*. The analysis obviously requires that I consider in what circumstances an accused will have validly waived the benefit of s. 11(d). The difficulty in the present case lies in the fact that the conduct covered by the impugned provision constitutes an omission rather than a positive expression by the accused that he or she intends to waive his or her right to be presumed innocent and his or her right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

First of all, the context of the impugned provisions must be taken into account. In the recent unanimous decision in *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, where this Court had to consider the scope of the right against self-incrimination in a regulatory context, I stressed the importance of the context in determining the scope and extent of *Charter* rights and freedoms (at para. 30):

This Court has often stated that the context of a *Charter* claim is crucial in determining the extent of the right asserted; see for example my comments in *Lyons*, *supra*, at p. 361, and in *Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 505-8 and 516-17. In particular, in *Wholesale Travel*, *supra*, at p. 226, Cory J. held that “a *Charter* right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one”, and that “constitutional standards developed in the criminal context cannot be applied automatically to regulatory offences”.

It should be noted that in the case at bar, this Court does not have to rule on the *Charter*'s requirements as to the manner and circumstances in which

D. *L'article 16 de la Loi*

La démarche analytique à suivre en l'espèce est semblable à celle suivie par notre Cour dans *Lee* et, en l'appliquant aux présentes, j'arrive à la conclusion que, en raison des caractéristiques du régime réglementaire mis en place par la législature du Nouveau-Brunswick, l'art. 16 de la Loi vise des situations où la personne accusée a validement renoncé au bénéfice de l'al. 11d) de la *Charte*. L'analyse m'amène évidemment à me pencher sur les circonstances dans lesquelles une personne accusée a validement renoncé au bénéfice de l'al. 11d). La difficulté en l'espèce réside dans le fait que le comportement visé par la disposition contestée constitue une omission par opposition à une manifestation positive de la part de l'accusé exprimant son souhait de renoncer à son droit à la présomption d'innocence ainsi qu'à son droit à un procès public et équitable instruit par un tribunal indépendant et impartial.

Il est d'abord important de tenir compte du contexte dans lequel s'inscrivent les dispositions en cause. Dans la récente décision unanime *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, dans laquelle notre Cour devait traiter de la portée du droit de ne pas s'incriminer dans un contexte réglementaire, j'ai insisté sur l'importance de l'influence du contexte dans la détermination de la portée et l'étendue des droits et libertés garantis par la *Charte* (au par. 30):

Notre Cour a souvent affirmé que le contexte d'une demande fondée sur la *Charte* est crucial pour déterminer la portée des droits invoqués; voir, par exemple, mes commentaires dans l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 361, et dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 505 à 508, de même que 516 et 517. Plus particulièrement, dans l'arrêt *Wholesale Travel*, précité, à la p. 226, le juge Cory a statué qu'«un droit garanti par la *Charte* peut avoir dans un cadre réglementaire une portée et une incidence différentes de celles qu'il aurait dans un contexte criminel proprement dit», et que «les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires».

Or, il est important de comprendre qu'en l'espèce notre Cour n'a pas à se prononcer sur les exigences posées par la *Charte* concernant la manière et les

27

28

a guilty plea can be entered and accepted by the court in the context of a criminal offence. This Court has not ruled on that question, and in my view it is simply not appropriate to do so in the present case. Rather, the Court must deal with the manner in which accused persons can waive their rights under s. 11(d) of the *Charter* in a quasi-criminal or regulatory context. I wish to point out that the fact I am dealing with the regulatory context in the present case does not necessarily mean that I would reach a different conclusion in a purely criminal context. However, I recognize the possibility that in such a context, the public interest may require that accused persons waive their rights in court, by performing a positive act, owing to the far more serious consequences of a waiver of the benefit of s. 11(d) of the *Charter* in such cases resulting, *inter alia*, from the potential loss of liberty and the stigma attached to criminal culpability.

circonstances dans lesquelles un plaidoyer de culpabilité peut être inscrit et accepté par le tribunal à l'égard d'infractions criminelles. Notre Cour ne s'est pas prononcée sur cette question et il n'est pas du tout approprié, à mon avis, de le faire en l'espèce. Notre Cour doit plutôt traiter de la manière dont une personne inculpée peut renoncer aux droits que lui confère l'al. 11d) de la *Charte* dans un contexte quasi criminel ou réglementaire. Je tiens à souligner que le fait que je tiens compte du contexte réglementaire en l'espèce ne signifie pas nécessairement que je viendrais à une conclusion différente dans un contexte purement criminel. Mais je reconnais la possibilité que, dans un tel contexte, l'intérêt public requiert que la renonciation se fasse devant le tribunal, par une manifestation positive de la part de la personne accusée, en raison des conséquences nettement plus importantes, dans de tels cas, d'une renonciation au bénéfice de l'al. 11d) de la *Charte* découlant notamment d'une privation possible de liberté et des stigmates se rattachant à la culpabilité criminelle.

29 In my view, the context to which I referred in *Fitzpatrick, supra*, may be relevant — without necessarily affecting the outcome — and can be taken into consideration in determining both the scope and extent of the rights and the manner in which and extent to which a right can be waived. Such an approach seems to me to be perfectly consistent with past decisions of this Court on the waiver of constitutional rights. Let us therefore consider the context that is relevant here.

À mon avis, le contexte auquel je faisais allusion dans *Fitzpatrick*, précité, peut s'avérer pertinent — sans que cela n'influe nécessairement sur le résultat — et peut être pris en considération dans la détermination tant de la portée et de l'étendue des droits que de la manière dont on peut renoncer à un droit et la mesure dans laquelle on peut le faire. Une telle démarche me paraît d'ailleurs tout à fait conciliable avec la jurisprudence antérieure de notre Cour traitant de la renonciation à des droits constitutionnels. Examinons donc le contexte en l'espèce.

30 First of all, the constitutionality of s. 16 of the Act is being challenged in the context of regulatory offences. In *Fitzpatrick, supra*, as mentioned earlier, this Court unanimously adopted the statement by Cory J. in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, that the scope and extent of a right may vary with the context — regulatory or criminal — in which it is asserted. In *Wholesale Travel*, however, a majority of this Court was of the view that it would be inappropriate, in the circumstances of the appeal before it, to limit the

D'abord, la constitutionnalité de l'art. 16 de la Loi est contestée dans un contexte d'infractions de nature réglementaire. Notre Cour, à l'unanimité dans *Fitzpatrick*, précité, a adopté les propos tenus par le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, comme nous l'avons précisé plus haut, selon lesquels la portée et l'étendue d'un droit pouvait varier en fonction du contexte — réglementaire ou criminel — dans lequel il était invoqué. Dans *Wholesale Travel*, cependant, une majorité de notre Cour était d'avis

scope of s. 11(d) because the provision at issue in that case, while regulatory and not criminal in nature, could result in imprisonment. Lamer C.J. explained this as follows, at p. 197:

Again, both the Crown and a number of interveners have argued that this interpretation of s. 11(d) should not apply in a regulatory setting. I can only reiterate my earlier comment that it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the *Charter* analysis. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. A person whose liberty interest is imperilled is entitled to have the principles of fundamental justice fully observed. The presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d), is clearly a principle of fundamental justice. [Emphasis in original.]

Sopinka J. concurred in the Chief Justice's reasons. My own reasons were to the same effect. I stated, at pp. 209-10:

In the present case we are dealing with a provision under which a five-year term of imprisonment may be imposed if an individual is convicted. Such a deprivation requires much stricter requirements to conform with the principles of fundamental justice than mere monetary penalties. I should add that the context and values at stake in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, were profoundly different from those in the present case. *Thomson Newspapers Ltd.* was really concerned with the procedural protection that should be afforded privacy in relation to business documents. Here the effect of the provisions is the removal of the requirement that an offence involving a serious deprivation of liberty be proved beyond a reasonable doubt. While, in my view, in the regulatory context in which the provisions operate a requirement that a reasonable doubt be raised by the accused that he or she has exercised due diligence meets the requirements of fundamental justice (under s. 7 of the *Charter*) in these circumstances, a requirement that the accused prove such diligence on the balance of probabilities goes too far. The same is true under s. 1 of the *Charter* if one approaches the issue in terms of

qu'il n'était pas approprié, dans les circonstances du pourvoi dont elle était saisie, de limiter la portée de l'al. 11d) en raison du fait que, bien que de nature réglementaire et non criminelle, la disposition en cause dans cette affaire pouvait entraîner l'emprisonnement. Le juge en chef Lamer expliquait à ce sujet, à la p. 197:

Encore une fois, le ministère public et un certain nombre d'intervenants ont soutenu que cette interprétation de l'al. 11d) ne doit pas s'appliquer dans le contexte réglementaire. Je ne peux que répéter ce que j'ai dit plus haut: c'est le fait que l'État a eu recours à la restriction de la liberté par l'emprisonnement pour faire respecter la loi qui est décisif dans une analyse faite en fonction de la *Charte*. La personne dont la liberté a été restreinte par l'emprisonnement n'a pas été privée de moins de liberté parce qu'elle a été punie pour une infraction réglementaire plutôt qu'un crime. La personne qui risque de voir son droit à la liberté violé a droit au respect intégral des principes de justice fondamentale. La présomption d'innocence, garantie à l'al. 11d), est de toute évidence un principe de justice fondamentale. [Souligné dans l'original.]

Le juge Sopinka a souscrit aux motifs du Juge en chef. Mes motifs étaient par ailleurs au même effet. Je disais, aux pp. 209 et 210:

En l'espèce, nous examinons une disposition en vertu de laquelle il peut y avoir condamnation à une peine d'emprisonnement de cinq ans si une personne est reconnue coupable. Une telle privation de la liberté nécessite, pour que l'on se conforme aux principes de justice fondamentale, des exigences beaucoup plus strictes que dans le cas de simples peines pécuniaires. Je dois ajouter que le contexte et les valeurs en jeu dans *Thomson Newspapers Ltd.*, précité, différaient grandement de ceux de l'espèce. Dans *Thomson Newspapers Ltd.*, il s'agissait vraiment de la garantie en matière de procédure qu'il faut accorder à la protection de la vie privée relativement aux documents commerciaux. Ici, les dispositions ont pour effet de supprimer l'exigence selon laquelle une infraction entraînant une perte importante de liberté doit être prouvée hors de tout doute raisonnable. À mon avis, dans le contexte réglementaire dans lequel s'appliquent les dispositions, l'obligation pour l'accusé de soulever un doute raisonnable selon lequel il a agi avec une diligence raisonnable satisfait aux exigences de la justice fondamentale (en vertu de l'art. 7 de la *Charte*) dans les circonstances présentes, mais l'obligation pour l'accusé de prouver cette diligence suivant la prépondérance des probabilités va trop

s. 11(d). The provision substantially divests him of the presumption of innocence.

The reasons of Iacobucci J., in which Gonthier and Stevenson JJ. concurred, were to the same effect with respect to the scope of s. 11(d) in this context: see p. 255. *Wholesale Travel* shows clearly that while the scope and extent of rights may vary depending on whether the context is regulatory or criminal, this will not be true in every case. Owing to the possibility that the offence at issue in that case would result in imprisonment, it was necessary to avoid drawing a distinction based on the regulatory nature of the offence.

31 In the case at bar, however, there is absolutely no possibility of imprisonment, since the penalties that can be imposed in proceedings initiated by means of a ticket are limited to fines, and the failure to pay a fine for contravening the *Motor Vehicle Act* can in no case result in imprisonment. Thus, the liberty component of s. 7 of the *Charter* does not come into play. The concern of the majority of this Court in *Wholesale Travel* that a contravention might result in imprisonment does not arise here. This, therefore, is the context to be taken into account in analysing the scope of the constitutional rights at issue in this case and, more specifically, in analysing the extent to which rights conferred on accused persons under s. 11(d) of the *Charter* can be waived.

32 In my view, in a context in which litigants cannot be imprisoned for offences of a regulatory nature, it is open to both the provincial legislatures and Parliament to infer from the failure of those litigants to act that they have waived their right to be presumed innocent and their right to a hearing and at the same time to have consented to a conviction made against them, provided that under the procedural scheme applicable to them, they are fully informed of the consequences of failing to

loin. Il en est de même en vertu de l'article premier de la *Charte* si on aborde la question sous l'angle de l'al. 11d). La disposition le prive en grande partie de la présomption d'innocence.

Les motifs du juge Iacobucci, auxquels ont souscrit les juges Gonthier et Stevenson, sont au même effet quant à la portée de l'al. 11d) dans ce contexte: voir p. 255. L'arrêt *Wholesale Travel* démontre bien que si la portée et l'étendue des droits peuvent fluctuer en raison du contexte réglementaire ou criminel, il n'en sera pas ainsi dans tous les cas. La possibilité que l'infraction en cause dans cette décision entraîne l'emprisonnement commandait qu'on évite de faire une distinction fondée sur la nature réglementaire de l'infraction.

Or en l'espèce, l'emprisonnement n'est d'aucune façon une possibilité puisque les peines imposables, lorsque les procédures découlent d'un billet de contravention, sont limitées à des amendes et que le défaut de payer une amende découlant d'une contravention à la *Loi sur les véhicules à moteur* ne peut en aucun cas entraîner l'emprisonnement. L'article 7 de la *Charte*, dans sa composante relative à la liberté, n'entre donc pas en jeu. La préoccupation de la majorité de notre Cour dans *Wholesale Travel* relative à la possibilité que la contravention entraîne l'emprisonnement est absente en l'espèce. Voilà donc le contexte dont on doit tenir compte dans l'analyse de la portée des droits constitutionnels en cause en l'espèce et, plus précisément, dans l'analyse de la mesure dans laquelle on peut renoncer aux droits conférés à toute personne inculpée à l'al. 11d) de la *Charte*.

À mon avis, dans un contexte où les justiciables ne sont pas susceptibles d'être emprisonnés en commettant des infractions de nature réglementaire, les législatures provinciales et le Parlement peuvent inférer de leur inaction qu'ils renoncent à leur droit à la présomption d'innocence ainsi qu'à leur droit à un procès, tout en consentant à ce qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite à leur égard si le régime procédural applicable fait en sorte qu'ils sont pleinement informés des consé-

act and there are sufficient safeguards to prevent injustices from occurring.

In the case at bar, the system set up by the New Brunswick legislature seems to me to meet these requirements fully. First of all, the Act expressly requires that the ticket state that failure by the accused to act may result in conviction: s. 10(1)(h). The following wording currently appears on each ticket issued in accordance with this provision:

If you do not pay the fixed penalty and do not appear in court at the time and place stated on this ticket you may be convicted of the offence and fined. It is therefore very important for you to appear in court at the time and place stated on this ticket if you wish to dispute the charge.

Furthermore, the Act requires that the ticket be delivered to the accused personally: s. 11(1). The accused is also required to sign the notice of prosecution corresponding to the ticket (s. 11(2)) and his failure or refusal to do so must be certified. In addition, s. 16 provides that the judge required to convict the accused if the accused neither pays the penalty nor appears in court must ensure, *inter alia*, that the ticket was in fact delivered to the accused in accordance with the Act. Moreover, the judge can refuse to enter a conviction if he or she has reason to believe that there are any irregularities. In my view, the general effect of these requirements is to prevent a conviction from being entered unless a judge — an independent and impartial third party — is satisfied that the Crown has met the requirements intended to ensure that the accused is fully informed of the consequences of failing to act.

Furthermore, the Act affords accused persons the possibility of having their conviction set aside by applying to the court within 45 days of the conviction (s. 117 of the Act), after being notified of their conviction pursuant to s. 48(1) of the Act, if

quences qu'entraînera leur inaction, et prévoit suffisamment de sauvegardes pour éviter que des injustices ne surviennent.

Or, en l'espèce, le système mis en place par la législature du Nouveau-Brunswick me paraît satisfaire amplement à ces exigences. D'abord, la Loi prévoit expressément que le billet de contravention doit faire mention de la possibilité que l'inaction de la personne accusée entraîne une déclaration de culpabilité: al. 10(1)h). Voici le texte apparaissant actuellement sur chaque billet de contravention conformément aux exigences de cette disposition:

Si vous ne payez pas la pénalité prévue et que vous ne comparez pas devant la cour à l'heure, à la date et à l'endroit mentionnés au présent billet de contravention, vous pourriez être reconnu(e) coupable de l'infraction et tenu(e) de payer une amende. Il s'avère donc très important que vous compariez devant la cour à l'heure, à la date et à l'endroit mentionnés au présent billet de contravention si vous désirez contester l'accusation.

De plus, la Loi exige que le billet de contravention soit remis personnellement à la personne accusée: par. 11(1). Elle est d'ailleurs tenue de signer l'avis de poursuite qui correspond au billet (par. 11(2)) et son défaut ou refus de le faire doit être attesté. De plus, en vertu de l'art. 16, le juge appelé à prononcer la condamnation suite au défaut par la personne accusée de payer la pénalité ou de comparaître en cour doit procéder à certaines vérifications visant notamment à s'assurer que le billet de contravention a bel et bien été remis à la personne accusée conformément à la Loi. Le juge a d'ailleurs le pouvoir de refuser d'ordonner la condamnation s'il a des raisons de croire à la présence d'irrégularités. À mon avis, l'ensemble de ces exigences font en sorte d'empêcher qu'une condamnation ne survienne à moins qu'un juge — un tiers indépendant et impartial — ne soit convaincu que l'État a satisfait aux dispositions visant à assurer que la personne accusée est pleinement informée des conséquences de son inaction.

En plus, la Loi confère à la personne accusée la possibilité de faire casser la condamnation en s'adressant au tribunal dans les 45 jours de la condamnation (art. 117 de la Loi) après avoir été avisée de sa condamnation conformément au par.

they satisfy a judge that their failure to appear was not their fault. In my view, these provisions minimize any possibility of injustice against accused persons. They ensure that accused persons can take advantage of s. 11(d) of the *Charter* if their failure to appear or to pay the amount of the fine set out in the ticket was the result of events beyond their control. In other words, these provisions relate to the voluntary nature of the waiver by the accused of the benefit of s. 11(d).

35

It is therefore my view that the New Brunswick legislature has acted in accordance with the *Charter*. While it is true that it has established a scheme that deprives accused persons of the benefit of s. 11(d) of the *Charter*, that deprivation operates in circumstances where the litigants involved have in any event validly waived their right to be presumed innocent and their right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

III. Conclusion

36

It was for these reasons that this Court allowed these appeals in a judgment rendered from the bench on April 23, 1996, answering the first constitutional question in the negative, which made it unnecessary for us to answer the second constitutional question.

Appeals allowed.

Solicitor for the appellant: The Office of the Attorney General, Fredericton.

Solicitors for the respondents: Doiron, Lavoie, LeBouthillier & Boudreau, Tracadie-Sheila, New Brunswick.

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 Ministry of the Attorney General, Toronto.

48(1) de la Loi, si elle réussit à convaincre un juge que son défaut de comparaître ne résulte pas de sa faute. Ces dispositions viennent à mon avis minimiser toute possibilité d'injustice à l'égard des personnes accusées. Elles assurent que la personne accusée peut bénéficier de l'al. 11d) de la *Charte* si son défaut de comparaître ou de payer le montant de l'amende indiqué au billet résulte d'un événement indépendant de sa volonté. En d'autres mots, ces dispositions ont trait au caractère volontaire de la renonciation, de la part de la personne accusée, au bénéfice de l'al. 11d).

La législature du Nouveau-Brunswick a donc à mon avis agi en conformité avec la *Charte*. Elle a établi, il est vrai, un régime privant les personnes accusées du bénéfice de l'al. 11d) de la *Charte* mais cette privation intervient dans des circonstances où, de toute manière, les justiciables impliqués ont validement renoncé à leur droit à la présomption d'innocence et à un procès public et équitable instruit par un tribunal indépendant et impartial.

III. Conclusion

C'est pour ces motifs que notre Cour a accueilli ces pourvois séance tenante le 23 avril dernier et que la première question constitutionnelle a reçu une réponse négative, nous dispensant ainsi de répondre à la seconde question constitutionnelle.

Pourvois accueillis.

Procureur de l'appelante: Le cabinet du Procureur général, Fredericton.

Procureurs des intimés: Doiron, Lavoie, LeBouthillier & Boudreau, Tracadie-Sheila, Nouveau-Brunswick.

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 ministère du Procureur général, Toronto.

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 of Prince Edward Island: The Office of the Attorney General, Charlottetown.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Chris Decker, St. John's.

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 l'Île-du-Prince-Édouard: Le bureau du Procureur général, Charlottetown.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Chris Decker, St. John's.

John Robert Verdun *Appellant*

v.

Toronto-Dominion Bank *Respondent*

INDEXED AS: VERDUN v. TORONTO-DOMINION BANK

File No.: 24604.

Hearing and judgment: April 29, 1996.

Reasons delivered: October 31, 1996.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Banks — Shareholders — Proposals — Annual meeting of shareholders — Whether beneficial shareholder of bank may submit proposals for inclusion in bank's management proxy circular — Whether beneficial shareholder a "shareholder entitled to vote" within meaning of s. 143(1) of Bank Act — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 93(1), 143(1).

The appellant, the beneficial owner of common voting shares of the respondent Bank, submitted proposals to the Bank for inclusion in a management proxy circular, which was to be sent to the Bank's shareholders in connection with the annual shareholders' meeting. The Bank declined to include these proposals in its circular. The appellant then brought an application for an order to restrain the Bank from holding its annual meeting until it included his proposals in its management proxy circular. Both the Ontario Court (General Division) and the Court of Appeal dismissed the application.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The appellant, a beneficial shareholder, is not entitled to have his proposals included in the Bank's management proxy circular. Section 143(1) of the *Bank Act* provides that only a "shareholder entitled to vote at an annual meeting of shareholders of a bank may . . . submit a proposal". Under s. 93(1) of the Act, a bank may "treat the registered owner" of the shares "as the person

John Robert Verdun *Appellant*

c.

Banque Toronto-Dominion *Intimée*

RÉPERTORIÉ: VERDUN c. BANQUE TORONTO-DOMINION

N° du greffe: 24604.

Audition et jugement: 29 avril 1996.

Motifs déposés: 31 octobre 1996.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Banques — Actionnaires — Propositions — Assemblée annuelle des actionnaires — Un véritable propriétaire d'actions d'une banque peut-il soumettre des propositions en vue de les faire incorporer dans une circulaire de sollicitation de procurations envoyée par la direction de la banque? — Un véritable propriétaire d'actions est-il un «actionnaire habile à voter» au sens de l'art. 143(1) de la Loi sur les banques? — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 93(1), 143(1).

L'appellant, un véritable propriétaire d'actions ordinaires avec droit de vote de la banque intimée, a soumis à cette dernière des propositions en vue de les faire incorporer dans une circulaire de la direction sollicitant des procurations, qui devait être envoyée aux actionnaires de la banque relativement à leur assemblée annuelle. La banque a refusé d'incorporer ces propositions dans sa circulaire. L'appellant a alors présenté une demande d'ordonnance interdisant à la banque de tenir son assemblée annuelle tant qu'elle n'aurait pas incorporé les propositions qu'il avait soumises dans la circulaire de la direction sollicitant des procurations. La Cour de l'Ontario (Division générale) et la Cour d'appel ont toutes les deux rejeté la demande.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'appellant, un véritable actionnaire, n'a pas droit à ce que ses propositions soient incorporées dans la circulaire de sollicitation de procurations envoyée par la direction de la banque. Le paragraphe 143(1) de la *Loi sur les banques* prévoit que seuls «les actionnaires habiles à voter lors d'une assemblée annuelle [d'une banque]» peuvent soumettre une proposition à cette der-

exclusively entitled to vote". Since the appellant is not the registered owner, he is not "entitled to vote" and cannot therefore submit a shareholder's proposal. There is nothing in the context of ss. 93(1) and 143(1) to contradict their plain meaning.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: Subject to the following comment, Iacobucci J.'s reasons are substantially agreed with. Courts should generally use the "modern contextual approach" as the standard, normative approach to statutory interpretation, and may exceptionally resort to the old "plain meaning" rule in appropriate circumstances. The phrase "entitled to vote" can receive several possible definitions depending upon the context in which it is used. To determine the appropriate definition of that phrase in the present context, Iacobucci J. reviewed the provisions in their immediate context, the *Bank Act* as a whole, and the external context and policy implications. This process is not an application of the "plain meaning" approach but rather is an application of the "modern contextual approach" to statutory interpretation. Iacobucci J.'s interpretation of the phrase "entitled to vote" complies with the legislative text and promotes the legislative purpose, thus meeting the "plausibility" and "efficacy" criteria of the contextual approach, and the outcome in this case is reasonable and just, thus meeting the "acceptability" criterion as well.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Greenpeace Foundation of Canada v. Inco Ltd.* (1984), 25 A.C.W.S. (2d) 149, aff'g [1984] O.J. No. 274 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 2 "complainant", "beneficial ownership", 7, 93(1), 96, 126, 137(2) to (5), 138 to 140, 141, 143(1), (2), (3), (5)(b), (e), 145, 263.
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44.

nière. En vertu du par. 93(1) de la Loi, la banque peut «considérer le détenteur inscrit» des actions «comme la seule personne ayant qualité pour voter». Étant donné que l'appellant n'est pas le détenteur inscrit, il n'a pas «qualité pour voter» et il ne peut donc pas soumettre une proposition d'actionnaire. Rien dans le contexte des par. 93(1) et 143(1) n'en contredit le sens ordinaire.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: Sous réserve du commentaire suivant, il y a accord, pour l'essentiel, avec les motifs du juge Iacobucci. Les tribunaux doivent généralement utiliser la «méthode contextuelle moderne» comme méthode normative standard d'interprétation des lois et ils peuvent exceptionnellement recourir à l'ancienne règle du «sens ordinaire» quand les circonstances s'y prêtent. L'expression «habile à voter» est susceptible d'être définie de plusieurs manières selon le contexte dans lequel elle est employée. Pour déterminer la définition appropriée de cette expression dans le présent contexte, le juge Iacobucci a examiné les dispositions en cause dans leur contexte immédiat, la *Loi sur les banques* dans son ensemble, le contexte externe et les incidences en matière de politique générale. Cette démarche est une application non pas de la méthode du «sens ordinaire», mais plutôt de la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation des lois. L'interprétation par le juge Iacobucci de l'expression «habile à voter» est conforme au texte législatif et favorise la réalisation de l'objet de ce texte, satisfaisant ainsi aux critères de «plausibilité» et d'«efficacité» de la méthode contextuelle, et le résultat obtenu en l'espèce est raisonnable et juste, et satisfait donc également au critère d'«acceptabilité».

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Greenpeace Foundation of Canada c. Inco Ltd.* (1984), 25 A.C.W.S. (2d) 149, conf. [1984] O.J. No. 274 (QL).

Lois et règlements cités

Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 2 «plaignant», «véritable propriétaire», 7, 93(1), 96, 126, 137(2) à (5), 138 à 140, 141, 143(1), (2), (3), (5)(b), (e), 145, 263.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44.

Securities Exchange Act of 1934, 48 Stat. 881 (now 15 U.S.C. §§ 78a to 78ll (1994)), § 14(a) [am. Pub. L. 88-467, § 5(a), 78 Stat. 569 (1964)].
17 C.F.R. § 240.14a-8 (1976).

Authors Cited

Canada. Industry Canada. *Canada Business Corporations Act Discussion Paper: Proposals for Technical Amendments*. Ottawa: Industry Canada, 1995.
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.
Ontario Securities Commission. *Report of the Joint Regulatory Task Force on Shareholder Communication to the Canadian Securities Administrators*. Toronto: Ontario Securities Commission, 1987.

APPEAL from an order of the Ontario Court of Appeal rendered January 12, 1995, dismissing the appellant's appeal and allowing the respondent's cross-appeal from a judgment of Kent J., rendered December 9, 1994, dismissing the appellant's application for an order to restrain the respondent from holding its annual meeting until the respondent included the appellant's proposals in its management proxy circular. Appeal dismissed.

Philip Anisman, for the appellant.

W. Niels Ortved and *R. Paul Steep*, for the respondent.

The reasons of *L'Heureux-Dubé* and *McLachlin JJ.* were delivered by

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — I substantially agree with my colleague *Iacobucci J.*'s reasons and the result he reaches. I have only one comment which relates to the statutory interpretation methodology relied upon by my colleague.

² Courts should generally use the "modern contextual approach" as the standard, normative approach to statutory interpretation, and may exceptionally resort to the old "plain meaning"

Securities Exchange Act of 1934, 48 Stat. 881 (maintenant 15 U.S.C. §§ 78a à 78ll (1994)), § 14a) [mod. Pub. L. 88-467, § 5(a), 78 Stat. 569 (1964)].
17 C.F.R. § 240.14a-8 (1976).

Doctrine citée

Canada. Industrie Canada. *La Loi canadienne sur les sociétés par actions — document de consultation — propositions d'amendements de nature technique*. Ottawa: Industrie Canada, 1995.
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.
Ontario Securities Commission. *Report of the Joint Regulatory Task Force on Shareholder Communication to the Canadian Securities Administrators*. Toronto: Ontario Securities Commission, 1987.

POURVOI contre une ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario, rendue le 12 janvier 1995, qui a rejeté l'appel de l'appellant et accueilli l'appel incident de l'intimée contre le jugement du juge Kent, rendu le 9 décembre 1994, qui avait rejeté la demande de l'appellant visant à obtenir une ordonnance interdisant à l'intimée de tenir son assemblée annuelle tant qu'elle n'aurait pas incorporé les propositions qu'il avait soumises dans la circulaire de la direction sollicitant des procurations. Pourvoi rejeté.

Philip Anisman, pour l'appellant.

W. Niels Ortved et *R. Paul Steep*, pour l'intimée.

Les motifs des juges *L'Heureux-Dubé* et *McLachlin* ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis substantiellement d'accord avec les motifs de mon collègue le juge *Iacobucci* et le résultat auquel il arrive. Mon seul commentaire portera sur la méthode d'interprétation des lois utilisée par mon collègue.

Les tribunaux doivent généralement utiliser la «méthode contextuelle moderne» comme méthode normative standard d'interprétation des lois et ils peuvent exceptionnellement recourir à l'ancienne

rule in appropriate circumstances. One example of the latter is statutory interpretation in the area of taxation, where the words and expressions used in legislative provisions quite often have a well-defined "plain meaning" within the business community.

In argument before this Court, both parties invoked various statutory interpretation approaches, rules and maxims. I note that the phrase "entitled to vote" does not seem to have one generally accepted "plain meaning" that is recognized as such by the business community. Rather, this phrase can receive several possible definitions depending upon the context in which it is used. Consequently, our Court is called upon to determine the appropriate definition in the context and factual situation of the instant case.

My colleague decided the issue by going through a statutory interpretation exercise as follows. Firstly, various provisions of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, were reviewed. Secondly, the impugned provisions were compared with similar provisions in a number of federal and provincial statutes. The *American Securities Exchange Act of 1934*, 48 Stat. 881 (now 15 U.S.C. §§ 78a et seq. (1994)) was also looked at. Thirdly, various task force and policy papers were considered.

Thus, after reviewing the provisions in their immediate context, the Act as a whole, the external context and policy implications, my colleague came to a contextual interpretation of the phrase "entitled to vote". I fully agree with both the process he used and the conclusions he arrived at. However, with respect, the process used by Iacobucci J. is not an application of the "plain meaning" approach: in fact, the "modern contextual approach" to statutory interpretation is the one that is actually used in the instant case.

règle du «sens ordinaire» quand les circonstances s'y prêtent. Par exemple, il y a l'interprétation des lois en matière fiscale, dans lesquelles on utilise des mots et expressions qui ont bien souvent un «sens ordinaire» bien défini dans le monde des affaires.

Au cours des plaidoiries devant notre Cour, les deux parties ont invoqué différentes méthodes, règles et maximes relatives à l'interprétation des lois. Je note que l'expression «habile à voter» ne semble pas avoir un seul «sens ordinaire» généralement accepté, qui soit reconnu comme tel par le monde des affaires. Cette expression est plutôt susceptible d'être définie de plusieurs manières selon le contexte dans lequel elle est employée. Par conséquent, notre Cour est appelée à déterminer la définition appropriée dans le contexte et suivant les faits de la présente affaire.

Mon collègue a tranché la question en adoptant la démarche suivante en matière d'interprétation des lois. Premièrement, il a examiné différentes dispositions de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. Deuxièmement, il a comparé les dispositions attaquées avec les dispositions semblables d'un certain nombre de lois fédérales et provinciales. La *Securities Exchange Act of 1934* des États-Unis, 48 Stat. 881 (maintenant 15 U.S.C. §§ 78a et suiv. (1994)), a également été examinée. Troisièmement, il a étudié divers documents de groupes de travail et énoncés de politique.

Ainsi, après avoir examiné les dispositions dans leur contexte immédiat, la Loi dans son ensemble, le contexte externe et les incidences en matière de politique générale, mon collègue est arrivé à une interprétation contextuelle de l'expression «habile à voter». Je suis entièrement d'accord avec la démarche qu'il a adoptée et les conclusions auxquelles il est arrivé. En toute déférence, cependant, la démarche adoptée par le juge Iacobucci ne constitue pas une application de la méthode du «sens ordinaire»: en fait, c'est la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation des lois qui est utilisée en l'espèce.

3

4

5

6 Accordingly, the appropriate methodological reference would be *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the legislative text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the legislative purpose; and (c) its acceptability, that is, the outcome is reasonable and just. [Emphasis added.]

7 This methodology was indeed the one followed by my colleague. The outcome he arrived at is an appropriate interpretation that complies with the legislative text and promotes the legislative purpose, thus meeting the plausibility and efficacy criteria of the contextual approach as expounded in *Driedger on the Construction of Statutes, supra*. I share my colleague's view that the policy changes sought by the parties in the circumstances of this case are in the domain of the legislature, not the courts. Accordingly, the outcome in the instant case is reasonable and just, and therefore meets the acceptability criterion as well.

8 Subject to the above considerations, I concur with my colleague's disposition of the appeal.

The judgment of Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

9 IACOBUCCI J. — At the hearing on April 29, 1996, this appeal was dismissed with reasons to follow. This appeal requires us to determine whether the appellant, a beneficial shareholder of the respondent bank, is entitled to have his share-

En conséquence, la méthodologie exposée dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 131, est appropriée:

[TRADUCTION] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus d'interpréter un texte législatif dans son contexte global, en tenant compte de l'objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte législatif. Cela fait, ils doivent ensuite adopter l'interprétation qui est appropriée. L'interprétation appropriée est celle qui peut être justifiée en raison a) de sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité avec le texte législatif, b) de son efficacité, dans le sens où elle favorise la réalisation de l'objet du texte législatif, et c) de son acceptabilité, dans le sens où le résultat est raisonnable et juste. [Je souligne.]

En réalité, c'est cette méthode qu'a suivie mon collègue. Le résultat auquel il est arrivé est une interprétation appropriée qui est conforme au texte législatif et qui favorise la réalisation de l'objet de ce texte, satisfaisant ainsi aux critères de plausibilité et d'efficacité de la méthode contextuelle exposée dans *Driedger on the Construction of Statutes, op. cit.* Je partage l'opinion de mon collègue que les changements de politique générale que cherchent à obtenir les parties dans les circonstances de la présente affaire relèvent du législateur et non des tribunaux. Par conséquent, le résultat obtenu en l'espèce est raisonnable et juste, et satisfait donc également au critère d'acceptabilité.

Sous réserve de ce qui précède, je souscris à la façon dont mon collègue tranche le pourvoi.

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — À l'audience du 29 avril 1996, notre Cour a rejeté le présent pourvoi, indiquant qu'elle ferait connaître ses motifs ultérieurement. Il nous faut, en l'espèce, déterminer si l'appellant, qui est véritable propriétaire d'actions (ou véritable actionnaire) de la banque intimée, a droit à ce que ses propositions d'actionnaire soient

holder's proposals included in the respondent's management proxy circular.

I. Factual Background

The appellant, John Robert Verdun, is the beneficial owner of 200 common voting shares of the respondent, Toronto-Dominion Bank. These shares are held through a registered retirement savings plan ("RRSP"), and the registered owner is the RRSP trustee, Montreal Trust. The appellant is also the beneficial co-owner (with his wife) of 2,100 common voting shares of the respondent, and the registered owner of these shares is RBC Dominion Securities.

On October 25, 1994, the appellant submitted to the respondent 10 proposals (later increased to 11), with accompanying statements, for inclusion in a management proxy circular. This circular was to be sent to shareholders of the respondent in connection with the annual shareholders' meeting scheduled for January 25, 1995. The proposals related to the structure, composition, and operation of the respondent's board of directors, and to procedures at the annual shareholders' meetings.

On November 4, 1994, solicitors for the respondent wrote to the appellant, advising him that the respondent would not include the proposals in the circular because the appellant was not a registered shareholder, i.e., the appellant did not satisfy the requirements of s. 143(1) of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, as the respondent understood those requirements. In the alternative, the respondent declined to include the proposals because, in the respondent's opinion, the proposals came within the terms of both s. 143(5)(b) of the *Bank Act*, in that they were submitted to enforce a personal claim or grievance, namely the appellant's desire, expressed in an earlier letter, to be nominated for election to the respondent's Board, and s. 143(5)(e) of the *Bank Act*, in that they were submitted to secure publicity for the appellant.

incorporées dans la circulaire de sollicitation de procurations envoyée par la direction de l'intimée.

I. Les faits

L'appellant, John Robert Verdun, est véritable propriétaire de 200 actions ordinaires avec droit de vote de l'intimée, la Banque Toronto-Dominion. Ces actions sont détenues au moyen d'un régime enregistré d'épargne-retraite («REÉR»), et le détenteur inscrit est le fiduciaire du REÉR, le Montréal Trust. L'appellant est également véritable copropriétaire (avec son épouse) de 2 100 actions ordinaires avec droit de vote de l'intimée, et le détenteur inscrit de ces actions est RBC Dominion Valeurs Mobilières.

Le 25 octobre 1994, l'appellant a soumis à l'intimée 10 propositions (dont le nombre est ensuite passé à 11), accompagnées de déclarations à l'appui, en vue de les faire incorporer dans une circulaire de la direction sollicitant des procurations. La circulaire devait être envoyée aux actionnaires de l'intimée relativement à leur assemblée annuelle prévue pour le 25 janvier 1995. Les propositions avaient trait à la structure, à la composition et au fonctionnement du conseil d'administration de l'intimée, de même qu'à la procédure suivie lors des assemblées annuelles des actionnaires.

Le 4 novembre 1994, les procureurs de l'intimée ont écrit à l'appellant pour l'informer que l'intimée n'incorporerait pas les propositions dans la circulaire parce que l'appellant n'était pas un actionnaire inscrit, en ce sens qu'il ne satisfaisait pas aux exigences du par. 143(1) de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, telles qu'interprétées par l'intimée. Subsidiairement, l'intimée a refusé d'incorporer les propositions parce que, selon elle, elles relevaient à la fois de l'al. 143(5)(b) de la *Loi sur les banques*, du fait qu'elles avaient pour objet de faire valoir une réclamation personnelle ou d'obtenir la réparation d'un grief personnel, à savoir le désir de l'appellant, exprimé dans une lettre antérieure, d'être candidat à l'élection au conseil d'administration de l'intimée, et de l'al. 143(5)(e) de la *Loi sur les banques*, en ce sens qu'elles avaient été soumises à des fins de publicité personnelle.

10

11

12

13 In this regard, it may be noted that the appellant had a history of somewhat strained relations with the respondent. The appellant, who is the owner, editor and publisher of several small newspapers, had published articles which criticized the respondent in rather vivid language. The appellant had also participated in shareholders' meetings and corresponded with the respondent in a manner that could be described as aggressive in nature and tone. Of course, these matters are irrelevant to s. 143(1); they are relevant only to s. 143(5).

II. Issues

14 This appeal raises two issues. First, is a beneficial shareholder a "shareholder entitled to vote", within the meaning of s. 143(1) of the *Bank Act*? This is a threshold question. Under s. 143(1), only a "shareholder entitled to vote" may submit a shareholder's proposal for inclusion in a management proxy circular. Second, do the appellant's proposals run afoul of s. 143(5)(b) or s. 143(5)(e) of the *Bank Act*? Under s. 143(5)(b) and (e), the bank is not required to include a proposal in the circular if it is clear that the proposal was submitted primarily to enforce a personal claim or redress a personal grievance, or to promote general political, social or other listed causes; or if the rights associated with the submission of the proposal are being abused to secure publicity.

15 The second question is reached only if the answer to the first question is in the affirmative. Because I answer the first question in the negative, I do not reach the second question. Therefore, I refrain from commenting upon the analysis of the learned trial judge with respect to s. 143(5).

III. Relevant Statutory Provisions

16 *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46

93. (1) A bank or a trustee within the meaning of section 294 may, subject to subsections 137(2) to (5) and

À cet égard, on peut souligner que les relations quelque peu tendues entre l'appelant et l'intimée ne dataient pas d'hier. L'appelant, qui est propriétaire, directeur et éditeur de plusieurs petits journaux, avait publié des articles dans lesquels l'intimée était critiquée plutôt vivement. L'appelant avait aussi participé à des assemblées d'actionnaires et il avait eu avec l'intimée une correspondance dont le ton et le contenu pourraient être qualifiés d'agressifs. Évidemment, ces questions ne sont pas pertinentes quant au par. 143(1); elles ne le sont qu'en ce qui concerne le par. 143(5).

II. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, un véritable actionnaire est-il un «actionnaire habile à voter» au sens du par. 143(1) de la *Loi sur les banques*? Il s'agit là d'une question préalable. Selon le par. 143(1), seul un «actionnaire habile à voter» peut soumettre une proposition d'actionnaire en vue de son incorporation dans une circulaire de la direction sollicitant des procurations. Deuxièmement, les propositions de l'appelant vont-elles à l'encontre des al. 143(5)b) ou 143(5)e) de la *Loi sur les banques*? Selon les al. 143(5)b) et e), la banque n'est pas tenue d'incorporer une proposition dans la circulaire s'il est clair qu'elle vise principalement à faire valoir une réclamation personnelle, à obtenir la réparation d'un grief personnel ou à servir des fins générales d'ordre politique ou social ou d'autres fins énumérées, ou encore si les droits liés à la présentation des propositions sont exercés abusivement à des fins de publicité.

Il ne sera nécessaire de répondre à la deuxième question que si la réponse à la première est affirmative. Puisque je réponds à la première question par la négative, je n'ai pas à répondre à la deuxième. Par conséquent, je m'abstiens de faire des commentaires sur l'analyse du juge de première instance relativement au par. 143(5).

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46

93. (1) La banque ou le fiduciaire visé à l'article 295 (*sic*) peut, sous réserve des paragraphes 137(2) à (5) et

sections 138 to 141 and 145, treat the registered owner of a security as the person exclusively entitled to vote, to receive notices, to receive any interest, dividend or other payment in respect of the security and to exercise all of the rights and powers of an owner of the security.

143. (1) A shareholder entitled to vote at an annual meeting of shareholders of a bank may

- (a) submit to the bank notice of any matter that the shareholder proposes to raise at the meeting; and
- (b) discuss at the meeting any matter in respect of which the shareholder would have been entitled to submit a proposal.

(2) A bank that solicits proxies shall, in the management proxy circular required by subsection 261(1), set out any proposal of a shareholder submitted for consideration at a meeting of shareholders or attach the proposal to the management proxy circular.

(3) If so requested by a shareholder who submits a proposal to a bank, the bank shall include in the management proxy circular, or attach thereto, a statement by the shareholder of not more than two hundred words in support of the proposal and the name and address of the shareholder.

. . .

(5) A bank is not required to comply with subsections (2) and (3) if

. . .

- (b) it clearly appears that the proposal is submitted by the shareholder primarily for the purpose of enforcing a personal claim or redressing a personal grievance against the bank or its directors, officers or security holders, or primarily for the purpose of promoting general economic, political, racial, religious, social or similar causes;

. . .

(e) the rights conferred by subsections (1) to (4) are being abused to secure publicity.

IV. Judgments Appealed From

Ontario Court (General Division)

The appellant brought an application for an order to restrain the respondent from holding its

des articles 138 à 141 et 145, considérer le détenteur inscrit d'une valeur mobilière comme la seule personne ayant qualité pour voter, recevoir des avis ainsi que les intérêts, dividendes ou autres paiements et exercer tous les droits et pouvoirs du propriétaire de la valeur mobilière.

143. (1) Les actionnaires habiles à voter lors d'une assemblée annuelle peuvent:

- a) donner à la banque un préavis des questions qu'ils se proposent de soulever;
- b) discuter, au cours de cette assemblée, des questions qui auraient pu faire l'objet de propositions de leur part.

(2) La banque qui sollicite des procurations doit faire figurer les propositions des actionnaires à soumettre à l'assemblée dans la circulaire de la direction exigée au paragraphe 261(1) ou les y annexer.

(3) La banque doit, sur demande, incorporer ou annexer à la circulaire de la direction sollicitant des procurations une déclaration de deux cents mots au plus préparée par l'actionnaire à l'appui de sa proposition, avec ses nom et adresse.

. . .

(5) La banque n'est pas tenue de se conformer aux paragraphes (2) et (3) dans l'un ou l'autre des cas suivants:

. . .

- b) il apparaît nettement que la proposition a pour objet principal soit de faire valoir contre la banque, ou ses administrateurs, ses dirigeants ou les détenteurs de ses valeurs mobilières, une réclamation personnelle ou d'obtenir d'eux la réparation d'un grief personnel, soit de servir des fins générales d'ordre économique, politique, racial, religieux, social ou analogue;

. . .

e) les droits que confèrent les paragraphes (1) à (4) sont exercés abusivement aux fins de publicité.

IV. Juridictions inférieures

Cour de l'Ontario (Division générale)

L'appelant a présenté une demande d'ordonnance interdisant à l'intimée de tenir son assem-

annual meeting until the respondent included the appellant's proposals in its management proxy circular. In an endorsement, Kent J. dismissed the application, relying upon s. 143(5) of the *Bank Act*. He did not consider s. 143(1) of the Act. Kent J. was not persuaded that appellant's proposals were an attempt to redress a personal grievance (s. 143(5)(b) of the Act), but he was persuaded that the appellant's proposals were submitted to secure publicity (s. 143(5)(e) of the Act). Accordingly, the respondent was entitled to refuse to include the appellant's proposals in the management proxy circular. Kent J. made no order as to costs.

Ontario Court of Appeal (per Grange J.A., Labrosse and Abella J.J.A. concurring)

18 The appellant appealed, and the respondent cross-appealed. The respondent asked that the application be dismissed on the additional ground that the appellant did not satisfy the requirements of s. 143(1) because he was not a registered shareholder. In an endorsement, the Ontario Court of Appeal held that the appellant was not a "shareholder entitled to vote at an annual meeting" within the meaning of s. 143(1), and therefore he was not entitled to submit a proposal. It was unnecessary to consider s. 143(5). The appeal was dismissed and the cross-appeal was allowed. The Court of Appeal awarded to the respondent the costs of one appeal, including the costs of an order to expedite (which had been made on the appellant's motion).

V. Analysis

19 We are asked to determine a straightforward question of statutory interpretation; namely, whether a beneficial shareholder is a "shareholder entitled to vote" within the meaning of s. 143(1) of the *Bank Act*.

20 Both parties made use of several methods of statutory interpretation. These methods included

blée annuelle tant qu'elle n'aurait pas incorporé les propositions qu'il avait soumises dans la circulaire de la direction sollicitant des procurations. Dans un jugement manuscrit, le juge Kent a rejeté la demande en se fondant sur le par. 143(5) de la *Loi sur les banques*. Il n'a pas pris en considération le par. 143(1) de la Loi. Le juge Kent n'était pas convaincu que les propositions de l'appelant constituaient une tentative d'obtenir la réparation d'un grief personnel (al. 143(5)(b) de la Loi), mais il était persuadé qu'elles avaient été soumises à des fins de publicité (al. 143(5)(e) de la Loi). L'intimée avait donc le droit de refuser d'incorporer les propositions de l'appelant dans la circulaire de la direction sollicitant des procurations. Le juge Kent n'a pas accordé de dépens.

Cour d'appel de l'Ontario (le juge Grange, à l'opinion duquel les juges Labrosse et Abella ont souscrit)

L'appelant a interjeté appel et l'intimée a interjeté un appel incident. L'intimée a demandé que la demande soit rejetée pour le motif additionnel que l'appelant ne satisfaisait pas aux exigences du par. 143(1) du fait qu'il n'était pas un actionnaire inscrit. Dans un jugement manuscrit, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'appelant n'était pas un «actionnaire habile à voter lors d'une assemblée annuelle» au sens du par. 143(1), et que, par conséquent, il n'avait pas le droit de soumettre une proposition. Il était inutile de prendre en considération le par. 143(5). L'appel principal a été rejeté et l'appel incident a été accueilli. La Cour d'appel a accordé à l'intimée les dépens d'un appel, dont ceux liés à une ordonnance rendue (à la requête de l'appelant) en vue de hâter le déroulement des procédures.

V. Analyse

On nous demande de répondre à une simple question d'interprétation de la loi, à savoir si le véritable actionnaire est un «actionnaire habile à voter» au sens du par. 143(1) de la *Loi sur les banques*?

Les deux parties ont utilisé plusieurs méthodes d'interprétation des lois, dont la méthode du «sens

the “plain meaning” approach, a contextual or structural approach (including the use of the *expressio unius est exclusio alterius* principle), and a purposive approach drawing upon understandings of possible legislative intent, particularly in light of the origins of comparable legislation in Canada and the development of securities regulation rules in the United States. Also included was a policy-oriented approach which invited us to consider the desirability of interpreting s. 143(1) in a manner that would recognize the evolution of extensive beneficial holdings, and the movement towards granting to beneficial shareholders many of the rights traditionally enjoyed by registered shareholders, with respect to promoting active shareholder participation in corporate governance.

While the parties’ use of these various interpretive techniques is adept, a full discussion of these techniques is unnecessary to the resolution of this appeal. This is so because the language and context of the provisions in question make their meaning clear.

To state the obvious, the first step in a question of statutory interpretation is always an examination of the language of the statute itself. As E. A. Driedger wrote in his text, *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 . . . Lord Atkinson in *Victoria (City) v. Bishop of Vancouver Island* [[1921] A.C. 384, at p. 387] put it this way:

In the construction of statutes their words must be interpreted in their ordinary grammatical sense, unless there be something in the context, or in the object of the statute in which they occur, or in the circumstances with reference to which they are used, to show that they were used in a special sense different from their ordinary grammatical sense.

ordinaire», la méthode contextuelle ou structurelle (y compris l’application du principe *expressio unius est exclusio alterius*) et celle de l’interprétation fondée sur l’objet visé, qui fait appel à la compréhension de ce qu’a pu être l’intention du législateur, particulièrement à la lumière de l’origine des textes de lois comparables en vigueur au Canada et de l’évolution des règlements dans le domaine des valeurs mobilières aux États-Unis. Il y avait aussi une méthode axée sur une politique générale nous invitant à prendre en considération l’avantage d’interpréter le par. 143(1) d’une manière qui reconnaîtrait l’évolution de vastes holdings de véritables propriétaires et la tendance à accorder aux véritables actionnaires de nombreux droits dont jouissent traditionnellement les actionnaires inscrits, relativement à la promotion de la participation active des actionnaires à la gestion des sociétés.

Bien que les parties aient utilisé ces diverses techniques d’interprétation de façon experte, il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse complète de ces techniques pour régler le présent pourvoi. Il en est ainsi parce que le libellé et le contexte des dispositions en question en rendent le sens clair.

De toute évidence, pour répondre à une question d’interprétation de la loi, il faut toujours commencer par examiner le texte même de la loi en cause. Comme l’a écrit E. A. Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87:

[TRADUCTION] De nos jours, il n’y a qu’un seul principe ou méthode; il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global selon le sens grammatical et ordinaire qui s’harmonise avec l’économie et l’objet de la loi et l’intention du législateur. [. . .] Dans *Victoria (City) c. Bishop of Vancouver Island* [[1921] A.C. 384, à la p. 387], lord Atkinson l’a exposé en ces termes:

Dans l’interprétation des lois, on doit donner aux termes leur sens grammatical ordinaire, à moins que quelque chose dans le contexte, ou dans l’objet visé par la loi où ils figurent, ou encore dans les circonstances où ils sont employés, n’indique qu’ils ont été employés dans un sens spécial et différent de leur acception grammaticale ordinaire.

21

22

This principle has been cited by our Court on numerous occasions: see, for example, *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, and *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3. When I apply this principle to this case, I conclude that the appellant's arguments must fail, as I will now discuss.

23 For convenience, I will again reproduce s. 143(1) and (2):

143. (1) A shareholder entitled to vote at an annual meeting of shareholders of a bank may

- (a) submit to the bank notice of any matter that the shareholder proposes to raise at the meeting; and
- (b) discuss at the meeting any matter in respect of which the shareholder would have been entitled to submit a proposal.

(2) A bank that solicits proxies shall, in the management proxy circular required by subsection 261(1), set out any proposal of a shareholder submitted for consideration at a meeting of shareholders or attach the proposal to the management proxy circular. [Emphasis added.]

24 In order to submit a proposal, a person must be "a shareholder entitled to vote at an annual meeting of shareholders of a bank". This phrase is not defined expressly in the *Bank Act* nor in provisions which are very similar to s. 143(1). These similar provisions are found in a number of federal and provincial statutes, including the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44 ("CBCA"). A previous formulation (in force prior to February 1, 1977) of Rule 14a-8 under § 14(a) of the *American Securities Exchange Act of 1934*, 48 Stat. 881 (now 15 U.S.C. §§ 78a et seq. (1994)), is also comparable, but the differences in statutory context, and the fact that in the present appeal there is no need to look outside the four corners of the *Bank Act*, have persuaded me not to address it.

25 The appellant urges us to interpret the term "shareholder" and the phrase "a shareholder entitled to vote" as including both registered and bene-

Notre Cour a cité ce principe à maintes reprises: voir, par exemple, *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, et *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3. Appliquant ce principe en l'espèce, je conclus que les arguments de l'appelant ne sauraient être retenus, comme je vais maintenant l'expliquer.

Pour plus de commodité, je reproduis de nouveau les par. 143(1) et (2):

143. (1) Les actionnaires habiles à voter lors d'une assemblée annuelle peuvent:

- a) donner à la banque un préavis des questions qu'ils se proposent de soulever;
- b) discuter, au cours de cette assemblée, des questions qui auraient pu faire l'objet de propositions de leur part.

(2) La banque qui sollicite des procurations doit faire figurer les propositions des actionnaires à soumettre à l'assemblée dans la circulaire de la direction exigée au paragraphe 261(1) ou les y annexer. [Je souligne.]

Pour soumettre une proposition, une personne doit être un «actionnaire habile à voter lors d'une assemblée annuelle». Cette expression n'est définie explicitement ni dans la *Loi sur les banques*, ni dans les dispositions très semblables au par. 143(1). Ces dispositions semblables se trouvent dans un certain nombre de lois fédérales et provinciales, dont la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 («LSA»). Une ancienne formulation (en vigueur avant le 1^{er} février 1977) de la règle 14a-8, adoptée en vertu de l'al. 14a) de la *Securities Exchange Act of 1934* des États-Unis, 48 Stat. 881 (maintenant 15 U.S.C. §§ 78a et suiv. (1994)), est aussi comparable, mais les différences de contexte législatif et le fait que, dans le présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de chercher ailleurs que dans la *Loi sur les banques* m'ont convaincu que je n'ai pas à aborder cette question.

L'appelant nous presse d'interpréter le mot «actionnaire» et l'expression «actionnaire habile à voter» comme incluant à la fois les actionnaires

ficial shareholders. To this end, he draws our attention to a number of sections of the *Bank Act* which he argues are supportive of this view. For instance, he points out that s. 2 of the Act defines the term “complainant” as “a registered holder or beneficial owner” (emphasis added). He notes that s. 7(1) of the Act defines “shareholder” as a person who, “according to the securities register of the body corporate . . . is the owner of one or more shares of the body corporate or is entitled to be entered in the securities register or like record of the body corporate as the owner of the share or shares” (emphasis added). Section 7(2) of the Act defines a “holder of a share” by reference “to the fact that the person is registered or is entitled to be registered in the securities register or like record of the body corporate as the holder of that share” (emphasis added). The appellant also submits that by virtue of s. 263 of the *Bank Act*, which requires registrants to vote beneficially-owned shares in accordance with the beneficial owner’s instructions, and the Canadian Securities Administrators’ National Policy Statement No. 41, which reinforces the right of beneficial shareholders to direct the voting of their shares, a beneficial shareholder is, effectively, a shareholder entitled to vote.

The respondent offers a number of replies to these points. The respondent submits that ss. 2 and 7 of the Act actually militate against the appellant’s position. Section 2 provides an express definition of the term “beneficial ownership” (it includes “ownership through one or more trustees, legal representatives, agents or other intermediaries”). This indicates that Parliament turned its mind to beneficial owners, and selected a term to designate them. The fact that both the “registered holder” and the “beneficial owner” are included in the definition of “complainant” in s. 2 demonstrates that when Parliament wished to refer to beneficial owners, it did so by using the designated term. The fact that s. 7 uses the terms “person . . . entitled to be entered” and

inscrits et les véritables actionnaires. À cette fin, il attire notre attention sur un certain nombre d’articles de la *Loi sur les banques* qui, selon lui, appuient son point de vue. Par exemple, il souligne que l’art. 2 de la Loi définit le terme «plaignant» comme étant «le détenteur inscrit ou le véritable propriétaire» (je souligne). Il fait remarquer que le par. 7(1) de la Loi définit un «actionnaire» comme étant toute personne qui, «selon le registre des valeurs mobilières [d’une personne morale], est propriétaire d’une ou de plusieurs actions ou qui a le droit d’être inscrite dans ce registre, ou un autre document semblable de la personne morale, à titre de propriétaire de ces actions» (je souligne). Le paragraphe 7(2) de la Loi définit le «détenteur[r] d’actions» par la mention que «cette personne est inscrite ou a le droit d’être inscrite à titre d’actionnaire dans le registre des valeurs mobilières ou tout autre document semblable de la personne morale» (je souligne). L’appelant fait aussi valoir qu’en vertu de l’art. 263 de la *Loi sur les banques*, qui exige que le détenteur inscrit exerce le droit de vote dont sont assorties les actions du véritable propriétaire, conformément aux directives de ce dernier, et selon l’Instruction générale n° 41 des autorités canadiennes en valeurs mobilières, qui renforce le droit des véritables actionnaires de donner des directives sur la façon d’exercer le droit de vote rattaché à leurs actions, un véritable actionnaire est effectivement un actionnaire habile à voter.

L’intimée donne un certain nombre de réponses à ces sujets. Elle soutient que les art. 2 et 7 de la Loi militent en fait contre la position adoptée par l’appelant. L’article 2 définit expressément l’expression «véritable propriétaire» (est considéré comme tel «le propriétaire de valeurs mobilières inscrites au nom d’un ou de plusieurs intermédiaires, notamment d’un fiduciaire ou d’un mandataire»). Cela indique que le législateur a songé aux véritables propriétaires et a choisi une expression pour les désigner. Le fait que le «détenteur inscrit» et le «véritable propriétaire» figurent dans la définition de «plaignant», à l’art. 2, démontre que, lorsque le législateur a voulu parler des véritables propriétaires, il l’a fait en utilisant le terme qui les désigne. Le fait que l’art. 7 utilise l’expression

“person . . . entitled to be registered” rather than the term “beneficial owner” indicates that the former terms do not embrace beneficial shareholders. Respondent suggests that the former terms may refer to registration entitlements flowing from the death of a registered owner (s. 96 of the Act) or the transference of the shares (s. 126 of the Act). With respect to National Policy Statement No. 41, the respondent submits that the Policy imposes obligations as between the beneficial shareholder and the registrant (the intermediary) precisely because the *Bank Act* and other legislation do not grant the relevant rights as between the beneficial owner and the company.

27 But the respondent’s most compelling argument is based on s. 93(1) of the Act. Again, for convenience, I will reproduce the section:

93. (1) A bank or a trustee within the meaning of section 294 may, subject to subsections 137(2) to (5) and sections 138 to 141 and 145, treat the registered owner of a security as the person exclusively entitled to vote, to receive notices, to receive any interest, dividend or other payment in respect of the security and to exercise all of the rights and powers of an owner of the security. [Emphasis added.]

28 Subsections (2) to (5) of s. 137 relate to the fixing of record dates, ss. 138 to 140 establish notice requirements for meetings, s. 141 addresses special business, and s. 145 relates to the list of shareholders who are entitled to receive notice of a meeting. None of these provisions has direct application to the facts of this appeal.

29 As we have seen, s. 143(1) provides that only a “shareholder entitled to vote” is entitled to submit a shareholder’s proposal. Section 93(1) provides that a bank is entitled to treat the registered owner as the person exclusively entitled to vote. In the face of the express language and clear meaning of s. 93(1), the appellant’s arguments about the interpretation of the word “shareholder”, and the significance of the beneficial shareholder’s right to vote by means of proxy, are, with respect, unpersuasive. The appellant’s valiant endeavour to construct pur-

«personne [. . .] qui a le droit d’être inscrite» au lieu de l’expression «véritable propriétaire» indique que la première expression ne comprend pas les véritables actionnaires. L’intimée laisse entendre que la première expression peut renvoyer aux droits à l’inscription découlant du décès d’un détenteur inscrit (art. 96 de la Loi) ou du transfert des actions (art. 126 de la Loi). En ce qui concerne l’Instruction générale n° 41, l’intimée fait valoir qu’elle impose des obligations entre le véritable actionnaire et le détenteur inscrit (l’intermédiaire) précisément parce que la *Loi sur les banques* et d’autres lois ne confèrent pas les droits pertinents en ce qui concerne le véritable propriétaire et la compagnie.

Mais l’argument le plus convaincant de l’intimée repose sur le par. 93(1) de la Loi. Encore une fois, je reproduis ce paragraphe pour plus de commodité:

93. (1) La banque ou le fiduciaire visé à l’article 295 (*sic*) peut, sous réserve des paragraphes 137(2) à (5) et des articles 138 à 141 et 145, considérer le détenteur inscrit d’une valeur mobilière comme la seule personne ayant qualité pour voter, recevoir des avis ainsi que les intérêts, dividendes ou autres paiements et exercer tous les droits et pouvoirs du propriétaire de la valeur mobilière. [Je souligne.]

Les paragraphes (2) à (5) de l’art. 137 ont trait à l’établissement de dates de référence, les art. 138 à 140 établissent des exigences relatives aux avis d’assemblée, l’art. 141 porte sur des questions particulières et l’art. 145 concerne la liste des actionnaires devant recevoir avis des assemblées. Aucune de ces dispositions ne s’applique directement aux faits de la présente affaire.

Comme nous l’avons vu, le par. 143(1) prévoit que seuls les «actionnaires habiles à voter» peuvent soumettre une proposition d’actionnaire. Le paragraphe 93(1) prévoit que la banque peut considérer le détenteur inscrit comme la seule personne ayant qualité pour voter. En toute déférence, vu le texte explicite et le sens clair du par. 93(1), les arguments de l’appelant concernant l’interprétation du mot «actionnaire» et l’importance du droit du véritable actionnaire de voter par procuration ne sont pas convaincants. La courageuse entreprise de

positive and policy-based arguments to support his position must also fail. The statute is clear on its face. The respondent may treat the registered owner as the person exclusively “entitled to vote”; the appellant is not the registered owner, and therefore is not “entitled to vote”; only a shareholder “entitled to vote” can submit a shareholder’s proposal; the appellant is not “entitled to vote” and therefore cannot submit a shareholder’s proposal.

To return to the Driedger rule on statutory construction referred to above, there is nothing in the context of the provisions in question to contradict their plain meaning.

I note that the Ontario Court of Appeal came to the same conclusion in *Greenpeace Foundation of Canada v. Inco Ltd.*, March 21, 1984 (summarized at 25 A.C.W.S. (2d) 149), aff’g [1984] O.J. No. 274 (H.C.), a case which involved the CBCA counterparts to ss. 143(1) and 93(1) of the *Bank Act* (ss. 137(1) (formerly ss. 131(1)) and 51(1) (formerly s. 47(1)) CBCA).

This is not to say that the appellant’s position is without merit from a policy perspective. While the respondent argues persuasively that requiring a bank to go beyond its share registry to verify the status of beneficial holders may cause administrative difficulties, the appellant counters that the Securities Exchange Commission of the United States has been able to manage these difficulties and is apparently of the opinion that the benefits of allowing beneficial shareholders to submit shareholder proposals outweigh the costs. It is evident that s. 143(1) of the *Bank Act* and its counterparts on federal and provincial levels represent a legislative commitment to the promotion of shareholder participation in corporate governance. It is perhaps equally evident that, as the Joint Regulatory Task Force on Shareholder Communication (reporting to the Canadian Securities Administrators) observed in its July 1987 report (at p. 5), “[t]here is no going back to the system of widespread registration in the name of individual security holders,

l’appelant visant à présenter, à l’appui de sa position, des arguments fondés sur l’objet visé et sur une politique générale doit également échouer. La Loi est claire à sa lecture même. L’intimée peut considérer le détenteur inscrit comme la seule personne «ayant qualité pour voter»; l’appelant n’est pas le détenteur inscrit et, par conséquent, il n’a pas «qualité pour voter»; seul l’actionnaire «habile à voter» peut soumettre une proposition d’actionnaire; l’appelant n’a pas «qualité pour voter» et il ne peut donc pas soumettre une proposition d’actionnaire.

Pour revenir à la règle de Driedger sur l’interprétation des lois, mentionnée plus haut, rien dans le contexte des dispositions en question n’en contredit le sens ordinaire.

Je remarque que la Cour d’appel de l’Ontario est arrivée à la même conclusion dans l’arrêt *Greenpeace Foundation of Canada c. Inco Ltd.*, 21 mars 1984 (résumé à 25 A.C.W.S. (2d) 149), conf. [1984] O.J. No. 274 (H.C.), où il était question des dispositions de la *LSA* équivalant aux par. 143(1) et 93(1) de la *Loi sur les banques* (les par. 137(1) (auparavant le par. 131(1)) et 51(1) (auparavant le par. 47(1)) *LSA*).

Cela ne veut pas dire que la position de l’appelant est sans fondement sur le plan de la politique générale. Alors que l’intimée allègue de façon convaincante qu’exiger de la banque qu’elle aille au-delà de son registre des actionnaires pour vérifier le statut des véritables détenteurs est susceptible de causer des difficultés administratives, l’appelant réplique que la Commission des valeurs mobilières des États-Unis a réussi à résoudre ces difficultés et est apparemment d’avis que les avantages de permettre aux véritables actionnaires de soumettre des propositions d’actionnaire l’emportent sur les inconvénients. Il est évident que le par. 143(1) de la *Loi sur les banques* et les dispositions fédérales et provinciales équivalentes constituent un engagement du législateur à promouvoir la participation des actionnaires à la gestion des sociétés. Il est peut-être tout aussi évident que, comme le Joint Regulatory Task Force on Shareholder Communication (qui rend compte aux autorités canadiennes en valeurs mobilières) l’a fait remarquer dans son

30

31

32

nor should there be from the point of view of market efficiency.”

33

It may well be that Parliament will see fit to amend s. 143(1) of the *Bank Act* and its counterparts. The respondent drew our attention to a paper entitled *Canada Business Corporations Act Discussion Paper: Proposals for Technical Amendments*, dated September 1995, which recommended that s. 137 *CBCA*, a counterpart to s. 143(1) of the *Bank Act*, be amended to expressly permit a beneficial owner of shares to submit a shareholder proposal. The authors of the discussion paper observe (at pp. 56-57) that

[a]n amendment to permit beneficial shareholders to submit shareholder proposals under s. 137 would both reflect the current market reality of share holdings and fit into a broader effort to improve communication among the corporation and the owners of its shares.

34

But however desirable or undesirable such changes might be, they are in the domain of the legislature, not the courts.

35

I would also observe that, at present, shareholders in the appellant's position are not entirely without recourse. The beneficial holder may ask the registered holder to submit the beneficial holder's proposal. Or the beneficial holder may arrange to have one or more shares registered in his or her name. As a registered holder, the shareholder would be entitled to submit proposals in his or her own right. To the extent that these options may be considered unwieldy or otherwise problematic, it is open to Parliament to revisit them.

rapport de juillet 1987 (à la p. 5), [TRADUCTION] «[i]l n'est pas question de revenir au système d'inscription générale au nom de détenteurs individuels de valeurs mobilières, et il ne devrait pas y en avoir aux fins du bon fonctionnement du marché.»

Il se peut bien que le législateur juge opportun de modifier le par. 143(1) de la *Loi sur les banques* et les autres dispositions équivalentes. L'intimée a attiré notre attention sur un document paru en septembre 1995 et intitulé «*La Loi canadienne sur les sociétés par actions — document de consultation — propositions d'amendements de nature technique*», qui recommande que l'art. 137 *LSA*, qui équivaut au par. 143(1) de la *Loi sur les banques*, soit modifié de manière à permettre expressément au véritable propriétaire d'actions de soumettre une proposition d'actionnaire. Les auteurs de ce document de travail font observer, à la p. 63:

Une modification pour permettre aux propriétaires véritables des actions de présenter une proposition en vertu de l'article 137 traduirait à la fois la réalité actuelle du marché en ce qui concerne la détention des actions et s'inscrirait dans le cadre d'un effort plus général d'amélioration de la communication entre la société et les propriétaires de ses actions.

Mais quelque souhaitables ou non souhaitables que puissent être ces modifications, elles relèvent du législateur et non des tribunaux.

Je ferais également observer qu'actuellement les actionnaires qui sont dans la situation de l'appelant ne sont pas entièrement dépourvus de recours. Le véritable détenteur peut demander au détenteur inscrit de soumettre pour son compte une proposition. Ou encore, le véritable détenteur peut prendre des dispositions pour qu'au moins une action soit inscrite à son nom. À titre de détenteur inscrit, l'actionnaire pourrait soumettre des propositions de son propre chef. Dans la mesure où ces possibilités peuvent être considérées comme maladroites ou par ailleurs problématiques, il est loisible au législateur de les revoir.

VI. Disposition

As noted at the outset, this appeal was dismissed at the hearing. Both parties made oral submissions on the question of costs. Upon hearing these submissions, the Court concluded that, inasmuch as we dismissed the appeal, the order for costs in the courts below would not be disturbed and there would be no order as to costs in this Court.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Philip Anisman, Toronto.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Toronto.

VI. Dispositif

Comme je l'ai fait remarquer au départ, le présent pourvoi a été rejeté à l'audience. Les deux parties ont présenté des plaidoiries sur la question des dépens. Après avoir entendu ces plaidoiries, la Cour a conclu que, puisqu'elle rejetait le pourvoi, les dépens accordés par les tribunaux d'instance inférieure ne seraient pas modifiés, et qu'elle-même n'accorderait pas de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Philip Anisman, Toronto.

Procureurs de l'intimée: McCarthy Tétrault, Toronto.

Battlefords and District Co-operative Ltd. *Appellant*

v.

Betty-Lu Clara Gibbs *Respondent*

and

The Saskatchewan Human Rights Commission *Respondent*

and

The Council of Canadians with Disabilities, the Canadian Human Rights Commission, the Ontario Human Rights Commission and the Canadian Mental Health Association *Interveners*

INDEXED AS: BATTLEFORDS AND DISTRICT CO-OPERATIVE LTD. v. GIBBS

File No.: 24342.

Hearing and judgment: May 1, 1996.

Reasons delivered: October 31, 1996.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Civil rights — Discrimination — Mental disability — Insurance — Employer's insurance policy providing income replacement scheme for employees rendered unable to work — In case of mental illness or disability, benefits terminated after two years unless employee remains in mental institution — Whether scheme discriminatory — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 16(1).

G, an employee of the appellant, became disabled as a result of a mental disorder and was unable to perform the duties of her occupation. During the 90 days following the onset of her disability, G used up her sick leave

Battlefords and District Co-operative Ltd. *Appelante*

c.

Betty-Lu Clara Gibbs *Intimée*

et

La Saskatchewan Human Rights Commission *Intimée*

et

Le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Commission canadienne des droits de la personne, la Commission ontarienne des droits de la personne et l'Association canadienne pour la santé mentale *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BATTLEFORDS AND DISTRICT CO-OPERATIVE LTD. c. GIBBS

N° du greffe: 24342.

Audition et jugement: 1^{er} mai 1996.

Motifs déposés: 31 octobre 1996.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Libertés publiques — Discrimination — Incapacité mentale — Assurance — Police d'assurance d'un employeur comportant un régime de remplacement du revenu pour les employés devenus incapables de travailler — En cas de maladie ou de déficience mentale, l'indemnité cesse d'être versée au bout de deux ans, sauf si l'employé demeure interné dans un établissement psychiatrique — Le régime est-il discriminatoire? — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 16(1).

G, une employée de l'appelante, est devenue invalide et incapable d'exercer ses fonctions en raison d'un trouble mental. Durant les 90 jours qui ont suivi le début de son incapacité, elle a épuisé ses congés de maladie et a

and was then paid benefits under an insurance policy the appellant offered to its employees as a benefit of employment. Under the terms of the policy, any employee who was rendered unable to work was provided with a replacement income. If the disability in question was a mental illness, however, a clause in the policy provided that the replacement income benefit would terminate after two years, even if the person was unable ever to resume employment, unless the person with the mental disability remained in a mental institution. G's insurance benefits were terminated after two years. Had she been unable to work because of a physical disability, the income replacement benefit would have continued, without regard to institutionalization. G filed a complaint claiming that the insurance provision violated s. 16(1) of the *Saskatchewan Human Rights Code*, which provides that no employer may discriminate against any person with respect to any "term or condition of employment" because of a disability. A board of inquiry determined that the policy was discriminatory and referred the matter back to the employer for remedial action. The Court of Queen's Bench and the Court of Appeal upheld the ruling.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J.: Human rights legislation is "fundamental" or "quasi-constitutional" and as such should be interpreted in a broad and purposive manner. On its face, it appears that here the complainant was denied a benefit as a result of her mental disability, thus falling into the definition of discrimination set out in *Andrews*. Following a purposive approach, it is not a justification for the employer to point out that the plan treated all employees equally prior to the materialization of the risk of disability. A contract that explicitly provides for distinctions on prohibited grounds, albeit distinctions that only potentially occur in the future, is contrary to the objects of human rights legislation. The Court of Appeal was correct, in the circumstances of this case, in finding discrimination on the basis of a comparison between the insurance benefits offered to those unable to work because of a physical disability and those unable to work because of a mental disability. The case law has consistently held that it is not fatal to a finding of discrimination based on a prohibited ground that not all persons bearing the relevant characteristic have been discriminated against. This Court's decision in *Brooks* further supports the conclusion that discrimination against a subset of the relevant

touché des prestations d'assurance que l'appelante offrait à ses employés à titre d'avantage social. La police stipulait que tout employé devenu incapable de travailler toucherait une indemnité de remplacement de son revenu. Toutefois, si l'incapacité en question résultait d'une maladie mentale, une clause de la police prévoyait que l'indemnité de remplacement du revenu cesserait d'être versée au bout de deux ans même si la personne était incapable à jamais de retourner au travail, sauf si elle demeurait internée dans un établissement psychiatrique. Les prestations d'assurance de G ont cessé de lui être versées au bout de deux ans. Si elle avait été incapable de travailler en raison d'une incapacité physique, le versement de l'indemnité de remplacement du revenu se serait poursuivi, sans égard au placement dans un établissement. G a déposé une plainte dans laquelle elle alléguait que la disposition de la police d'assurance violait le par. 16(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*, qui prévoit qu'aucun employeur ne doit, en matière de «conditions ou modalités de travail», faire preuve de discrimination envers une personne en raison d'une incapacité. Une commission d'enquête a décidé que la police était discriminatoire et a renvoyé le tout à l'employeur pour qu'il remédie à la situation. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Les lois en matière de droits de la personne sont «fondamentales» ou «quasi constitutionnelles» et il y a donc lieu de leur donner une interprétation large et fondée sur l'objet visé. À première vue, il semble que la plaignante, en l'espèce, a été privée d'un avantage en raison de son incapacité mentale, ce qui correspond à la définition de la discrimination donnée dans l'arrêt *Andrews*. Suivant la méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé, l'employeur ne peut pas faire valoir, pour se justifier, que le régime traitait tous les employés sur un pied d'égalité avant la matérialisation du risque d'incapacité. Un contrat qui prescrit explicitement des distinctions fondées sur des motifs illicites, même s'il est seulement possible que ces distinctions se concrétisent dans l'avenir, va à l'encontre des objets des lois en matière de droits de la personne. La Cour d'appel a eu raison, dans les circonstances de la présente affaire, de conclure à l'existence de discrimination fondée sur une comparaison entre les prestations d'assurance offertes aux personnes incapables de travailler à cause d'une incapacité physique et celles offertes aux personnes incapables de travailler à cause d'une incapacité mentale. Les tribunaux ont constamment statué qu'il n'est pas erroné de

group, in this case the mentally disabled, may be considered discrimination against the relevant group generally for the purposes of human rights legislation.

It is appropriate in the circumstances of this case to compare the benefits received by the mentally disabled with those received by the physically disabled. Human rights law frequently distinguishes between physical and mental disability. A second broad factor that should influence a purposive approach is the particular historical disadvantage faced by persons with mental disabilities. The first step in determining the appropriate group to compare to mentally disabled employees in this case is to determine the purpose of the disability plan in all the circumstances. It is apparent that the plan at issue here was designed to insure employees against the income-related consequences of becoming disabled and unable to work. Consequently, in determining whether the clause which limits the benefits extended to mentally disabled employees discriminates against the mentally disabled, it is appropriate to compare their income replacement benefits with those receiving disability benefits generally. The mental disability and the physical disability insurance were designed for the same purpose. However, the benefits are limited if an employee has a mental disability. Since a benefit is limited "because of" disability, the insurance plan provided by the appellant employer in the present case contravenes s. 16 of the *Saskatchewan Human Rights Code*.

Per McLachlin J.: Sopinka J.'s conclusion is agreed with, but concerns are expressed with respect to the formulation of the proposed purpose test. So long as the purpose is formulated broadly with reference to the need which the plan seeks to address and without reference to specific injuries or specific groups of people, it functions well. However, if the purpose is defined in terms of specific injuries or a specific target group, problems arise. If it is open to the employer and employee to define the purpose of benefits narrowly by reference to a target group without discrimination, the result may be to condone exclusion of many valid claims and permit *de facto* discrimination. On the other hand, if the employer

conclure à l'existence de discrimination fondée sur un motif illicite quand les personnes qui présentent la caractéristique pertinente n'ont pas toutes été victimes de discrimination. L'arrêt *Brooks* de notre Cour étaye aussi la conclusion que, pour l'application des lois en matière de droits de la personne, la discrimination envers une partie du groupe donné, en l'occurrence les personnes atteintes d'une incapacité mentale, peut être considérée comme de la discrimination envers le groupe donné en général.

Il convient, dans les circonstances de la présente affaire, de comparer les avantages reçus par les handicapés mentaux avec ceux reçus par les handicapés physiques. Les lois en matière de droits de la personne établissent souvent une distinction entre l'incapacité physique et l'incapacité mentale. Un second facteur général qui devrait influencer sur la méthode fondée sur l'objet visé est le désavantage particulier dont les handicapés mentaux ont de tout temps été victimes. Pour décider avec quel groupe il convient de comparer les employés atteints d'une incapacité mentale en l'espèce, il faut commencer par déterminer l'objet du régime d'invalidité, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Il appert que le régime en cause dans la présente affaire était destiné à assurer les employés contre les conséquences sur leur revenu de leur incapacité de travailler pour cause d'invalidité. En conséquence, pour décider si la clause qui limite les prestations des employés atteints d'une incapacité mentale est discriminatoire envers les handicapés mentaux, il convient de comparer leur indemnité de remplacement du revenu avec celle versée en général aux employés atteints d'une incapacité. L'assurance invalidité mentale et l'assurance invalidité physique visent le même objet. Toutefois, les prestations sont limitées si l'employé est atteint d'une incapacité mentale. Puisque l'indemnité est limitée «en raison» d'une incapacité, le régime d'assurance fourni par l'employeur appelant en l'espèce viole l'art. 16 du *Saskatchewan Human Rights Code*.

Le juge McLachlin: Il y a accord avec la conclusion à laquelle arrive le juge Sopinka, mais des préoccupations sont exprimées au sujet de la formulation du critère de l'objet visé qu'il propose. Dans la mesure où l'objet est formulé de façon large par rapport au besoin auquel le régime cherche à répondre et sans mentionner des blessures particulières ou des groupes particuliers de personnes, il fonctionne bien. Cependant, si l'objet est défini en fonction de blessures particulières ou d'un groupe cible particulier, des problèmes surgissent. S'il est loisible à l'employeur et à l'employé de donner à l'objet des indemnités une définition stricte fondée sur un groupe cible sans discrimination, il pourra en résulter

provides even a minimal benefit to a person other than the target group, the purpose expands and discrimination is established. In defining the purpose of schemes, reference should thus not be made to specific disabilities and specific target groups. To permit this is to permit the kind of reasoning which led tribunals and courts in the past to deny benefits to pregnant women, on the ground that the schemes in question were intended to compensate for illness only. The focus of the inquiry should be placed on the need being provided for rather than on the class of person being compensated.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; **referred to:** *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

By McLachlin J.

Referred to: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1 [am. 1989-90, c. 23], ss. 2(1)(d.1), (i.1), 3, 15, 16(1).

Authors Cited

Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*. Ottawa: Queen's Printer, 1985.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1994), 120 Sask. R. 166, 68

une tolérance de l'exclusion de nombreuses réclamations valides et de l'existence d'une discrimination de fait. Par ailleurs, si l'employeur accorde une indemnité, même minime, à une personne ne faisant pas partie du groupe cible, il y a élargissement de l'objet et l'existence de discrimination est établie. Pour définir l'objet des régimes, il n'y a donc pas lieu de mentionner des incapacités particulières et des groupes cibles particuliers. Permettre cela revient à autoriser le type de raisonnement qui, dans le passé, a amené des tribunaux administratifs et judiciaires à refuser de verser des indemnités aux femmes enceintes, pour le motif que les régimes en cause étaient conçus pour l'indemnisation de maladies seulement. L'examen devrait être axé sur le besoin auquel on répond plutôt que sur la catégorie de personnes indemnisées.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; **arrêts mentionnés:** *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1 [mod. 1989-90, ch. 23], art. 2(1)(d.1), (i.1), 3, 15, 16(1).

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous: rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1994), 120 Sask. R. 166, 68

W.A.C. 166, 116 D.L.R. (4th) 109, [1994] 8 W.W.R. 609, 5 C.C.E.L. (2d) 1, 24 C.C.L.I. (2d) 1, 21 C.H.R.R. D/211, 94 C.L.L.C. ¶17,028, [1995] I.L.R. ¶1-3121, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (1993), 107 Sask. R. 202, 47 C.C.E.L. 211, 14 C.C.L.I. (2d) 308, 18 C.H.R.R. D/387, 93 C.L.L.C. ¶17,009, affirming a decision of the Board of Inquiry (1992), 18 C.H.R.R. D/384, 92 C.L.L.C. ¶17,044. Appeal dismissed.

Robert G. Richards and Robert W. Leurer, for the appellant.

Milton C. Woodard, for the respondents.

Carolyn McCool, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

William Pentney and Margaret-Rose Jamieson, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

M. David Lepofsky and Anthony D. Griffin, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Janet L. Budgell and Jonathan P. A. Batty, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

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

W.A.C. 166, 116 D.L.R. (4th) 109, [1994] 8 W.W.R. 609, 5 C.C.E.L. (2d) 1, 24 C.C.L.I. (2d) 1, 21 C.H.R.R. D/211, 94 C.L.L.C. ¶17,028, [1995] I.L.R. ¶1-3121, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1993), 107 Sask. R. 202, 47 C.C.E.L. 211, 14 C.C.L.I. (2d) 308, 18 C.H.R.R. D/387, 93 C.L.L.C. ¶17,009, qui avait confirmé une décision de la commission d'enquête (1992), 18 C.H.R.R. D/384, 92 C.L.L.C. ¶17,044. Pourvoi rejeté.

Robert G. Richards et Robert W. Leurer, pour l'appelante.

Milton C. Woodard, pour les intimées.

Carolyn McCool, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

William Pentney et Margaret-Rose Jamieson, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

M. David Lepofsky et Anthony D. Griffin, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Janet L. Budgell et Jonathan P. A. Batty, pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

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

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi, qui a été rejeté à l'audience pour des motifs devant suivre, concerne une police d'assurance qui a été offerte à titre d'«avantage social» aux employés de l'appelante, Battlefords and District Co-operative Ltd., et qui serait discriminatoire. Cette police d'assurance comporte un régime de remplacement du revenu qui permet aux employés devenus incapables de travailler de bénéficier d'une indemnité de remplacement de leur revenu tant qu'ils sont incapables de retourner au travail. Cependant, si l'incapacité de travailler d'un employé est due à une maladie ou déficience mentale, l'indemnité de

¹ SOPINKA J. — This appeal, which was dismissed on the date of the hearing with reasons to follow, concerns an allegedly discriminatory insurance policy which was offered as a “benefit of employment” to employees of the appellant, Battlefords and District Co-operative Ltd. The insurance policy in question provides an income replacement scheme, whereby employees who are rendered unable to work are provided with income replacement for as long as they are incapable of returning to their jobs. Where the cause of an employee's inability to work is a mental illness or mental disability, however, the income replacement benefits

are terminated after only two years unless the employee remains housed within a mental institution. The question before the Court in this appeal can be briefly stated as follows: Is the insurance scheme provided by the appellant discriminatory within the meaning of s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1. Specifically, the Court must answer whether the insurance scheme's differentiation between mentally disabled employees and physically disabled employees amounts to "discrimination" under the Code.

Facts

Betty-Lu Clara Gibbs (the respondent) is an employee of Battlefords and District Co-operative Limited (the appellant). On November 30, 1987, Ms. Gibbs became disabled as a result of a mental disorder and was unable to perform the duties of her occupation. During the 90 days following the onset of her disability, Ms. Gibbs used up her sick leave and was then paid benefits under an insurance policy (Group Policy No. G-369) from March 5, 1988 to March 4, 1990. The policy in question was issued by the Co-operators Life Insurance Company and was extended to Ms. Gibbs through the collective agreement that existed between her employer and the union.

Under the terms of the policy, any employee who was rendered unable to work was provided with a steady stream of replacement income. The benefit was available for all employees regardless of status. As long as the employee had incurred a disability rendering him or her unable to work, the employee would receive replacement income. If the disability in question were a mental illness, however, clause 10.6 of the policy provided that the replacement income benefit would terminate after two years, even if the person was unable ever to resume employment. Benefits for the mentally disabled would only continue beyond the two-year period if the person with the mental disability remained in a mental institution.

remplacement du revenu cesse d'être versée au bout de deux ans seulement, sauf si l'employé demeure interné dans un établissement psychiatrique. La question que notre Cour doit trancher dans le présent pourvoi peut se résumer ainsi: le régime d'assurance offert par l'appelante est-il discriminatoire au sens du par. 16(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1? Plus précisément, notre Cour doit décider si la distinction établie dans le régime d'assurance entre les employés atteints d'une incapacité mentale et ceux atteints d'une incapacité physique constitue de la «discrimination» au sens du Code.

Les faits

Betty-Lu Clara Gibbs (l'intimée) est une employée de Battlefords and District Co-operative Limited (l'appelante). Le 30 novembre 1987, M^{me} Gibbs est devenue invalide et incapable d'exercer ses fonctions en raison d'un trouble mental. Durant les 90 jours qui ont suivi le début de son incapacité, elle a épuisé ses congés de maladie et a touché des prestations d'assurance (police collective n^o G-369) du 5 mars 1988 au 4 mars 1990. La police en question avait été délivrée par la Co-operators Life Insurance Company et M^{me} Gibbs en a bénéficié grâce à la convention collective conclue entre son employeur et le syndicat.

La police stipulait que tout employé devenu incapable de travailler toucherait une indemnité régulière de remplacement de son revenu. Cette indemnité était offerte à tous les employés sans exception. L'employé atteint d'une incapacité le rendant incapable de travailler aurait droit à une telle indemnité. Toutefois, si l'incapacité en question résultait d'une maladie mentale, la clause 10.6 de la police prévoyait que l'indemnité de remplacement du revenu cesserait d'être versée au bout de deux ans, même si la personne était incapable à jamais de retourner au travail. Le versement de l'indemnité aux personnes atteintes d'une incapacité mentale ne se poursuivrait au-delà de la période de deux ans que si l'intéressé demeurait interné dans un établissement psychiatrique.

2

3

4 Because of clause 10.6, Ms. Gibbs' insurance benefits were terminated in March of 1990. Had Ms. Gibbs' injury been physical in nature, the benefits would have continued until age 65 whether or not Ms. Gibbs was housed in an institution. As a result of this discrepancy, Ms. Gibbs claimed that the insurance provision was a discriminatory term of her employment, contrary to the provisions of *The Saskatchewan Human Rights Code*.

5 Ms. Gibbs filed her complaint pursuant to s. 16(1) of the Code. Under that provision, no employer may discriminate against any person with respect to any "term or condition of employment" because of a disability. A Board of Inquiry considered Ms. Gibbs' complaint and determined that the policy was discriminatory: (1992), 18 C.H.R.R. D/384, 92 C.C.L.C. ¶17,044. The Board referred the matter back to the employer for remedial action, and the employer appealed to the Saskatchewan Court of Queen's Bench.

6 The employer's appeal was dismissed by Lawton J. ((1993), 107 Sask. R. 202, 47 C.C.E.L. 211, 14 C.C.L.I. (2d) 308, 18 C.H.R.R. D/387, 93 C.L.L.C. ¶17,009), and the employer appealed this decision to the Saskatchewan Court of Appeal. Once again, the employer's appeal was dismissed, with dissenting reasons delivered by Wakeling J.A.: (1994), 120 Sask. R. 166, 68 W.A.C. 166, 116 D.L.R. (4th) 109, [1994] 8 W.W.R. 609, 5 C.C.E.L. (2d) 1, 24 C.C.L.I. (2d) 1, 21 C.H.R.R. D/211, 94 C.L.L.C. ¶17,028, [1995] I.L.R. ¶1-3121. The employer now appeals to this Court.

Relevant Legislation

The Saskatchewan Human Rights Code

7 Prior to the 1989-90 Legislative Session, s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code* provided as follows:

16. — (1) No employer shall refuse to employ or continue to employ or otherwise discriminate against any person or class of persons with respect to employ-

Conformément à la clause 10.6, les prestations d'assurance de M^{me} Gibbs ont cessé de lui être versées en mars 1990. Si elle avait souffert d'une incapacité physique, elle aurait continué de toucher ces prestations jusqu'à l'âge de 65 ans, peu importe qu'elle ait ou non été internée. Elle a prétendu qu'en raison de cette distinction la disposition de la police d'assurance constituait une condition de travail discriminatoire, contraire au *Saskatchewan Human Rights Code*.

Madame Gibbs a déposé sa plainte conformément au par. 16(1) du Code. Celui-ci prévoit qu'aucun employeur ne doit, en matière de [TRADUCTION] «conditions ou modalités de travail», faire preuve de discrimination envers une personne en raison d'une incapacité. Une commission d'enquête a examiné la plainte de M^{me} Gibbs et a décidé que la police était discriminatoire: (1992), 18 C.H.R.R. D/384, 92 C.L.L.C. ¶17,044. La commission a renvoyé le tout à l'employeur pour qu'il remédie à la situation, et celui-ci a interjeté appel devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan.

L'appel de l'employeur a été rejeté par le juge Lawton ((1993), 107 Sask. R. 202, 47 C.C.E.L. 211, 14 C.C.L.I. (2d) 308, 18 C.H.R.R. D/387, 93 C.L.L.C. ¶17,009) et l'employeur a porté cette décision en appel devant la Cour d'appel de la Saskatchewan. Encore une fois, l'appel de l'employeur a été rejeté, avec dissidence de la part du juge Wakeling: (1994), 120 Sask. R. 166, 68 W.A.C. 166, 116 D.L.R. (4th) 109, [1994] 8 W.W.R. 609, 5 C.C.E.L. (2d) 1, 24 C.C.L.I. (2d) 1, 21 C.H.R.R. D/211, 94 C.L.L.C. ¶17,028, [1995] I.L.R. ¶1-3121. L'employeur se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Les dispositions législatives pertinentes

The Saskatchewan Human Rights Code

Avant la session législative de 1989-90, le par. 16(1) du *Saskatchewan Human Rights Code* était ainsi conçu:

[TRADUCTION] 16. — (1) Aucun employeur ne doit refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne ou catégorie de personnes ni, de quelque autre

ment, or any term or condition of employment, because of his or their race, creed, religion, colour, sex, marital status, physical disability, age, nationality, ancestry or place of origin.

In the 1989-90 Legislative Session, s. 16(1) was amended by striking out the word "physical" in front of the word "disability". As a result, the protection of the section was extended to the mentally disabled. "Disability" and "mental disorder" were then defined as follows:

2(1) . . .

(d.1) "disability" means:

. . . .

(ii) any of:

(A) a condition of mental retardation or impairment;

(B) a learning disability or a dysfunction in one or more of the processes involved in the comprehension or use of symbols or spoken language; or

(C) a mental disorder;

. . . .

(i.1) "mental disorder" means a disorder of thought, perception, feelings or behaviour that impairs a person's:

(i) judgment;

(ii) capacity to recognize reality;

(iii) ability to associate with others; or

(iv) ability to meet the ordinary demands of life;

Prior Judgments

1. *Board of Inquiry* (1992), 18 C.H.R.R. D/384

After reviewing all of the facts and the relevant cases, the Board of Inquiry determined that this case was materially similar to *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219. In *Brooks*, disability benefits were extended under a contract

manière, faire preuve de discrimination envers celles-ci en matière d'emploi ou de conditions ou modalités de travail en raison de la race, de la croyance, de la religion, de la couleur, du sexe, de l'état matrimonial, de l'incapacité physique, de l'âge, de la nationalité, de l'ascendance ou du lieu d'origine.

Durant la session législative de 1989-90, le par. 16(1) a été modifié par la suppression du mot «physique» après le mot «incapacité», de sorte que la protection de la disposition a été étendue aux personnes atteintes d'incapacité mentale. Les mots «incapacité» et «trouble mental» étaient alors définis ainsi:

[TRADUCTION] 2(1) . . .

(d.1) «incapacité»

. . . .

(ii) Selon le cas:

(A) état de déficience mentale,

(B) difficulté d'apprentissage ou dysfonctionnement d'un seul ou de plusieurs processus de la compréhension ou de l'utilisation de symboles ou de la langue parlée,

(C) trouble mental,

. . . .

(i.1) «trouble mental» Trouble de l'esprit, de la perception, de l'affectivité ou du comportement qui diminue:

(i) le discernement d'une personne,

(ii) sa capacité de reconnaître la réalité,

(iii) sa capacité d'entretenir des relations avec autrui, ou

(iv) sa capacité de répondre aux exigences ordinaires de la vie.

Juridictions inférieures

1. *Commission d'enquête* (1992), 18 C.H.R.R. D/384

Après avoir étudié l'ensemble des faits et la jurisprudence pertinente, la commission d'enquête a décidé que la présente affaire était sensiblement semblable à l'affaire *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219. Dans cette affaire, des

of employment to persons suffering from all manner of health-related conditions except for pregnancy. According to the Supreme Court of Canada, the exclusion of pregnant women from the disability plan amounted to a form of discrimination. In the Board of Inquiry's opinion, the instant case was largely indistinguishable from *Brooks*. According to the Board (at p. D/387):

Through an insurance contract, the respondent is attempting to differentiate between different classes of a group against whom discrimination is prohibited. Just as it is discriminatory to differentiate between pregnant and non-pregnant women, or women who are above or below the height of six feet, it is discriminatory to differentiate between people who are suffering mental disorders who are institutionalized and those who suffer from such disorders but are not institutionalized. Similarly, it is discriminatory to differentiate between people who are physically disabled and those who are mentally disabled by not compensating uninstitutionalized mentally disabled people while uninstitutionalized physically disabled people receive benefits.

As a result, the Board of Inquiry held that Ms. Gibbs had succeeded in establishing discrimination pursuant to s. 16(1) of the *Human Rights Code*. The Board accordingly remitted the matter back to the employer for remedial action.

2. *Saskatchewan Court of Queen's Bench* (1993), 107 Sask. R. 202

(a) Term or condition

⁹ As noted above, s. 16(1) of the Code prevents discrimination through the "terms or conditions" of a contract of employment. In the instant case, the employer argued that the "term or condition" at issue was the entitlement to the benefit of an employee insurance policy. According to the employer, the specific terms of the policy could not be referred to as "terms or conditions" of employment.

prestations d'invalidité étaient offertes, en vertu d'un contrat de travail, à toutes les personnes souffrant de problèmes de santé, sauf les femmes enceintes. D'après la Cour suprême du Canada, l'exclusion des femmes enceintes du régime d'invalidité constituait une forme de discrimination. La commission d'enquête a jugé que la présente affaire était, en grande partie, identique à l'affaire *Brooks*. Selon elle (à la p. D/387):

[TRADUCTION] L'intimée tente d'établir, au moyen d'un contrat d'assurance, une distinction entre diverses catégories d'un groupe envers lequel il est interdit de faire preuve de discrimination. Tout comme il est discriminatoire d'établir une distinction entre les femmes enceintes et celles qui ne sont pas enceintes, ou entre les femmes qui mesurent plus ou moins de six pieds, il est discriminatoire d'établir une distinction entre les personnes souffrant de troubles mentaux qui sont placées dans un établissement et celles qui souffrent de tels troubles mais ne sont pas placées dans un établissement. De même, il est discriminatoire d'établir une distinction entre les personnes atteintes d'une incapacité physique et celles atteintes d'une incapacité mentale en ne versant pas d'indemnité aux handicapés mentaux non placés dans un établissement, mais en versant aux handicapés physiques non placés dans un établissement.

En conséquence, la commission d'enquête a conclu que M^{me} Gibbs avait réussi à établir l'existence de discrimination au sens du par. 16(1) du *Human Rights Code*. La commission a donc renvoyé l'affaire à l'employeur pour qu'il remédie à la situation.

2. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan* (1993), 107 Sask. R. 202

a) Conditions ou modalités

Comme nous l'avons vu, le par. 16(1) du Code interdit la discrimination au moyen des «conditions ou modalités» d'un contrat de travail. En l'espèce, l'employeur a soutenu que la «condition ou modalité» en cause était le droit de bénéficiaire d'une police d'assurance des employés. Selon l'employeur, les modalités précises de la police ne pouvaient pas être assimilées à des «conditions ou modalités» de travail.

Lawton J. determined that this question was largely answered by this Court's decision in *Brooks*. In that case, this Court stated at p. 1238 that:

... if an employer such as Safeway enters into the field of compensation for health conditions and then excludes pregnancy as a valid reason for compensation, the employer has acted in a discriminatory fashion.

According to Lawton J. (at p. 209):

... it follows that if an employer such as the Co-op enters into the field of compensation for health conditions and then excludes mental disability as a valid reason for compensation equal to that given to others, the employer has acted in a discriminatory fashion.

Lawton J. further noted that no evidence had been led to explain the disparate coverage.

(b) Basis of comparison

According to the appellant, it was wrong for the Board of Inquiry to compare one class of disabled persons, namely the mentally disabled, with another, namely the physically disabled. Instead, the proper basis of comparison was to compare disabled persons with non-disabled persons. On this basis, there was no discrimination.

In Lawton J.'s opinion, the appropriate method of identifying discriminatory conduct had been established by this Court in *Brooks*. In that case, the Court, at p. 1236, stated that:

The plan singles out pregnancy for disadvantageous treatment, in comparison with any other health reason which may prevent an employee from reporting to work. With the sole exception of pregnancy, eligibility for compensation under the plan is available on broad and general terms. . . . No restrictions are placed on disability, with the solitary exception of pregnancy. It is difficult to conclude otherwise than that, as a result of the unfavourable treatment accorded to pregnancy *vis-à-vis* all other medical conditions, the Safeway plan discriminates on the basis of pregnancy.

Lawton J. noted that the foregoing passage makes it clear that the Court in *Brooks* was comparing pregnancy with other disabilities. Thus, a "disabled

Le juge Lawton a décidé que notre Cour avait répondu, dans une large mesure, à cette question dans l'arrêt *Brooks*. Dans cet arrêt, la Cour affirme, à la p. 1238:

... si un employeur tel Safeway fournit un régime d'assurance santé et en exclut la grossesse comme motif valable d'indemnisation, il agit de façon discriminatoire.

Selon le juge Lawton (à la p. 209):

[TRADUCTION] ... il s'ensuit que si un employeur tel Co-op fournit un régime d'assurance santé et en exclut l'incapacité mentale comme motif valable d'indemnisation égale à celle offerte à d'autres, il agit de façon discriminatoire.

Le juge Lawton fait ensuite observer qu'on n'a produit aucun élément de preuve à l'appui de la garantie différente.

b) Éléments de comparaison

D'après l'appelante, la commission d'enquête a eu tort de comparer une catégorie de personnes handicapées, savoir celles atteintes d'incapacité mentale, à une autre, savoir les personnes atteintes d'une incapacité physique. Il convenait plutôt de comparer les personnes handicapées avec celles non handicapées, ce qui permettait d'éviter toute discrimination.

De l'avis du juge Lawton, notre Cour a, dans l'arrêt *Brooks*, établi la bonne façon d'identifier les actes discriminatoires. Dans cet arrêt, elle affirme, à la p. 1236:

Le régime singularise la grossesse par un traitement défavorable par rapport aux autres problèmes de santé qui peuvent empêcher quelqu'un de travailler. À la seule exception de la grossesse, l'admissibilité aux prestations en vertu du régime n'est soumise à aucune restriction. [. . .] Il n'y a pas de restriction quant à la cause d'invalidité, à l'unique exception de la grossesse. Il est difficile de ne pas conclure que, parce qu'il traite la grossesse de façon moins avantageuse que tous les autres problèmes de santé, le régime de Safeway crée une discrimination fondée sur la grossesse.

Le juge Lawton fait remarquer qu'il ressort clairement du passage précité que, dans l'arrêt *Brooks*, notre Cour comparait la grossesse à d'autres inca-

10

11

12

vs. disabled” basis of comparison was permitted. In Lawton J.’s view (at p. 211):

Using this approach, it is difficult to conclude otherwise than that, as a result of the unfavourable treatment accorded to mental disability vis-a-vis all other medical conditions, the Co-op plan discriminates on the basis of mental disability.

Having concluded that the complaint had been properly advanced under s. 16 of the *Human Rights Code*, not s. 15, a holding that responded to an argument that has been abandoned by the appellant in the present appeal, Lawton J. dismissed the employer’s appeal.

3. *Saskatchewan Court of Appeal* (1994), 120 Sask. R. 166

I. Jackson J.A. (Bayda C.J.S. concurring)

(a) *Basis of comparison*

13 According to the majority of the Saskatchewan Court of Appeal, Lawton J. had been correct to hold that the basis of assessing discrimination in this context was to compare persons with mental disabilities to persons with physical disabilities. According to Jackson J.A. (at pp. 177-78):

The employer provided a group benefits plan which replaced employment income for all employees who were unable to work, but for some of those employees replacement income terminated after two years and for others it might not. In this very real and immediate sense [Gibbs] was being discriminated against because of that disability.

The majority of the Court of Appeal thus found that the “term of employment” represented by the insurance contract was discriminatory, and accordingly ran afoul of s. 16(1) of the Code.

(b) *Term or condition*

14 Substantially for the reasons given by Lawton J. in the court below, Jackson J.A. was of the view that the provisions in the insurance contract

pacités. Par conséquent, il était permis de faire une comparaison entre les types d’incapacité. Selon lui (à la p. 211):

[TRADUCTION] Si l’on utilise cette méthode, il est difficile de ne pas conclure que, parce qu’il traite l’incapacité mentale de façon moins avantageuse que tous les autres problèmes de santé, le régime de Co-op crée une discrimination fondée sur l’incapacité mentale.

Le juge Lawton a rejeté l’appel de l’employeur après avoir conclu que la plainte avait été déposée à bon droit en vertu de l’art. 16 du *Human Rights Code*, et non de l’art. 15, conclusion qui répondait à un argument abandonné par l’appelante dans le présent pourvoi.

3. *Cour d’appel de la Saskatchewan* (1994), 120 Sask. R. 166

I. Le juge Jackson (à l’opinion duquel souscrit le juge en chef Bayda)

a) *Éléments de comparaison*

D’après les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Saskatchewan, le juge Lawton a eu raison de conclure que, pour apprécier l’existence de discrimination dans le présent contexte, il convenait de comparer les gens atteints d’incapacité mentale avec ceux atteints d’incapacité physique. Selon le juge Jackson (aux pp. 177 et 178):

[TRADUCTION] L’employeur fournissait un régime d’assurance collective qui remplaçait le revenu d’emploi de tous les employés incapables de travailler, mais dans certains cas, l’indemnité de remplacement du revenu cessait d’être versée au bout de deux ans, alors que, dans d’autres cas, elle pouvait continuer d’être versée. Dans ce sens très réel et immédiat, [Gibbs] était victime de discrimination à cause de cette incapacité.

La Cour d’appel à la majorité a donc conclu que la [TRADUCTION] «condition de travail» représentée par le contrat d’assurance était discriminatoire et qu’elle allait donc à l’encontre du par. 16(1) du Code.

b) *Conditions ou modalités*

Essentiellement pour les motifs exposés par le juge Lawton de la Cour du Banc de la Reine, le juge Jackson était d’avis que les dispositions du

amounted to “terms and conditions” of employment. The “benefit” of insurance coverage was granted as a term of employment, explicitly found within the collective agreement. The availability of that “benefit” depended upon the form of disability: for mental disabilities, long-term benefits were available only if institutionalization was required. For physical disabilities, institutionalization was unnecessary. As a result, the terms or conditions of employment amounted to discrimination.

The majority of the Court of Appeal held that the complaint had been properly brought under s. 16 of the Code, and the appeal was dismissed.

II. Wakeling J.A. (dissenting)

Wakeling J.A. dissented solely on the issue of whether the application should have been brought under s. 15(1) or s. 16 of the *Human Rights Code*. This argument has been abandoned by the appellant.

The Issue

Does the appellant’s disability plan, which places limitations on benefits for nervous, mental or emotional disability, but not for other kinds of disability, discriminate on the basis of disability contrary to s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*?

Analysis

The issue in this appeal involves an interpretation of s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*. In interpreting s. 16(1) and applying it to the facts of the instant case, it is necessary to consider the context in which the section appears. This Court has consistently held that human rights legislation is “fundamental” or “quasi-constitutional” and as such should be interpreted in a broad and purposive manner. As Lamer J. (as he then was) stated in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58:

contrat d’assurance constituaient des «conditions ou modalités» de travail. L’«avantage» de l’assurance était consenti à titre de condition de travail explicitement stipulée dans la convention collective. La possibilité d’en bénéficier dépendait du type d’incapacité: pour l’incapacité mentale, le versement de prestations à long terme était subordonné au placement dans un établissement. En cas d’incapacité physique, le placement dans un établissement n’était pas requis. Par conséquent, les conditions ou modalités de travail étaient discriminatoires.

La Cour d’appel à la majorité a conclu que la plainte avait été déposée à bon droit en application de l’art. 16 du Code et a rejeté l’appel.

II. Le juge Wakeling (dissident)

Le juge Wakeling a exprimé une dissidence seulement quant à la question de savoir si la demande aurait dû être fondée sur le par. 15(1) plutôt que sur l’art. 16 du *Human Rights Code*. L’appelante a abandonné cet argument.

La question en litige

Le régime d’assurance invalidité de l’appelante qui limite les prestations en cas d’incapacité d’origine nerveuse, mentale ou affective, mais non pour les autres types d’incapacité, crée-t-il une discrimination fondée sur l’incapacité, contrairement au par. 16(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*?

Analyse

Pour régler la question en litige dans le présent pourvoi, il faut interpréter le par. 16(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*. Pour interpréter cette disposition et l’appliquer aux faits de la présente affaire, il est nécessaire d’en examiner le contexte. Notre Cour a constamment statué que les lois en matière de droits de la personne sont «fondamentales» ou «quasi constitutionnelles» et qu’il y a donc lieu de leur donner une interprétation large et fondée sur l’objet visé. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) le dit dans *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158:

15

16

17

18

When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the "human rights" of the people living in that jurisdiction, then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others.

In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pp. 546-47, this Court stated:

To begin with, we must consider the nature and purpose of human rights legislation. The preamble to the *Ontario Human Rights Code* provides the guide . . . There we find enunciated the broad policy of the Code and it is this policy which should have effect . . . Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than ordinary — and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.

In *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339, I stated that:

Human rights legislation is amongst the most pre-eminent category of legislation . . . One of the reasons such legislation has been so described is that it is often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised. As the last protection of the most vulnerable members of society, exceptions to such legislation should be narrowly construed . . .

Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres.

Dans *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pp. 546 et 547, notre Cour affirme:

Tout d'abord, nous devons examiner la nature et l'objet d'une loi concernant les droits de la personne. Le préambule du *Code ontarien des droits de la personne* peut servir de guide [. . .] Nous y trouvons un énoncé de la politique générale du Code et c'est cette politique qui doit s'appliquer. [. . .] Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application.

Dans *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 339, je dis ce qui suit:

Les lois sur les droits de la personne se classent parmi les lois les plus prééminentes. [. . .] Une des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c'est qu'elles constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s'interpréter restrictivement . . .

Les objets du *Saskatchewan Human Rights Code* sont énoncés à l'art. 3:

[TRADUCTION] 3. La présente loi a pour objet

a) de promouvoir la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine, et de l'égalité et du caractère inaliénable de leurs droits;

b) de mettre en application le principe qu'en Saskatchewan chacun est libre et égal sur le plan de la dignité et des droits, et de décourager et supprimer la discrimination.

19 The purpose of *The Saskatchewan Human Rights Code* is found in its statement of objects, as set out in s. 3:

3. The objects of this Act are:

(a) to promote recognition of the inherent dignity and the equal inalienable rights of all members of the human family; and

(b) to further public policy in Saskatchewan that every person is free and equal in dignity and rights and to discourage and eliminate discrimination.

In defining the scope of “discrimination” under s. 16(1) of the Code, it is important to bear these objects in mind. A broad, purposive approach is required.

The Definition of Discrimination

Turning to the question of the appropriate definition of “discrimination”, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 173-75, McIntyre J. stated:

What does discrimination mean? The question has arisen most commonly in a consideration of the Human Rights Acts and the general concept of discrimination under those enactments has been fairly well settled. There is little difficulty, drawing upon the cases in this Court, in isolating an acceptable definition. . . . I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual’s merits and capacities will rarely be so classed.

In the case at bar, the respondent Ms. Gibbs alleges discrimination on the basis of mental disability. She became mentally disabled and unable to work. The appellant employer provided an insurance plan which extended an income replacement benefit to the respondent, but this benefit was terminated under clause 10.6 of the plan after two years because she was not institutionalized. Had the respondent been unable to work because of a physical disability, the income replacement benefit would have continued, without regard to institutionalization. Clearly, the insurance benefits offered by the employer made a distinction between physical and mental disabilities. If a person were unable to work because of a physical disability, he or she would be able to claim benefits until age 65, but if a person were unable to work because of a mental disability, benefits would only

Lorsqu’il s’agit de définir la portée de la «discrimination» dans le contexte du par. 16(1) du Code, il importe d’avoir ces objets à l’esprit. Une interprétation large et fondée sur l’objet visé s’impose.

La définition de la discrimination

Pour ce qui est de la définition adéquate du mot «discrimination», le juge McIntyre affirme dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 173 à 175:

Que signifie le terme discrimination? C’est le plus souvent dans l’examen des lois sur les droits de la personne que cette question s’est posée et le concept général de discrimination en vertu de ces lois a été assez bien circonscrit. Vu les arrêts rendus par cette Cour, identifier une définition acceptable présente peu de difficulté. [. . .] J’affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d’un individu le sont rarement.

En l’espèce, l’intimée, M^{me} Gibbs, allègue la discrimination fondée sur l’incapacité mentale. Elle est devenue handicapée mentale et incapable de travailler. L’employeur appelant offrait un régime d’assurance qui a permis à l’intimée de toucher une indemnité de remplacement de son revenu, mais parce qu’elle n’avait pas été placée dans un établissement, l’intimée a cessé de toucher cette indemnité au bout de deux ans conformément à la clause 10.6 du régime. Si l’intimée avait été incapable de travailler en raison d’une incapacité physique, le versement de l’indemnité de remplacement du revenu se serait poursuivi, sans égard au placement dans un établissement. De toute évidence, les prestations d’assurance offertes par l’employeur reposaient sur une distinction entre l’incapacité physique et l’incapacité mentale. Si une personne était incapable de travailler en raison

be available for two years, unless he or she were institutionalized. On its face, it appears that the complainant was denied a benefit as a result of her mental disability, thus falling into the definition of discrimination set out in *Andrews, supra*. The appellant essentially offers two arguments disputing a finding of discrimination, which I will consider in turn.

Term or Condition of Employment

22 The appellant submits that there was no discrimination based on mental disability, since the relevant term or condition of employment was an entitlement to insurance benefits under the policy, which all employees received equally. The purpose of insurance is to ameliorate the risk facing the beneficiary from future contingencies, such as disability. Given the contingent nature of insurance, the appellant submits that the plan was not discriminatory: when the contract was entered into, each insured employee enjoyed exactly the same protection from the harm of future disability.

23 While the appellant is correct in stating that before the insured risk of disability materialized, the plan gave each employee similar protection from future contingencies, this does not respond to an allegation of discrimination. Each employee certainly received a benefit in terms of “peace of mind” from the insurance before any risk materialized, and this benefit was distributed equally, but the insurance plan also certainly provided a significant benefit to employees after the risk of disability materialized, and this income replacement benefit was not distributed equally — those who suffered from a mental disability received less than those suffering from a physical disability. The fact that it was initially unclear who would later be treated distinctively does not lessen the strength of the conclusion that the plan discriminated against those with a mental disability. It would be inimical to the objects of human rights legislation if a prac-

d’une incapacité physique, elle aurait droit à une indemnité jusqu’à l’âge de 65 ans, mais si elle était incapable de travailler en raison d’une incapacité mentale, elle ne toucherait l’indemnité que pendant deux ans, à moins qu’elle ne soit placée dans un établissement. À première vue, il semble que la plaignante a été privée d’un avantage en raison de son incapacité mentale, ce qui correspond à la définition de la discrimination donnée dans l’arrêt *Andrews*, précité. L’appelante avance essentiellement deux arguments à l’encontre d’une conclusion à l’existence de discrimination. Je vais les étudier à tour de rôle.

Conditions ou modalités de travail

L’appelante soutient qu’il n’y avait pas de discrimination fondée sur l’incapacité mentale puisque la condition ou modalité de travail pertinente était le droit à des prestations d’assurance en vertu de la police, que tous les employés touchaient également. L’assurance a pour objet de diminuer le risque que des éventualités, telle l’incapacité, font courir au bénéficiaire. Étant donné la nature aléatoire de l’assurance, le régime n’était pas discriminatoire selon l’appelante: quand le contrat a été conclu, chaque employé assuré jouissait exactement de la même protection contre le préjudice résultant d’une incapacité éventuelle.

Bien que l’appelante ait raison de dire qu’avant que le risque d’incapacité assuré ne se matérialise, le régime accordait à chaque employé la même protection contre des éventualités, cela ne répond pas à une allégation de discrimination. Avant la matérialisation d’un risque, tous les employés tiraient sûrement de l’assurance un avantage égal sous forme de «tranquillité d’esprit», mais après la matérialisation du risque d’incapacité, le régime d’assurance offrait aussi certainement aux employés un avantage important sous la forme d’une indemnité de remplacement du revenu qui n’était pas distribuée également — ceux qui étaient atteints d’une incapacité mentale recevaient moins que ceux atteints d’une incapacité physique. Le fait qu’au départ on ne savait pas clairement qui serait ultérieurement traité différemment n’atténue pas la conclusion que le régime était discriminatoire envers les handicapés mentaux. Il serait con-

tice could be immunized from scrutiny under this legislation simply because its discriminatory effects are contingent on uncertain future events.

As noted above in the quotation from *Zurich, supra*, the purpose of human rights legislation is to protect the most vulnerable members of society. It would clearly be contrary to this purpose to fail to find discrimination where the discrimination is contingent on the very event that gives rise to the need for the protection of the *Human Rights Code*. In the present case, the discrimination was deferred until Ms. Gibbs became mentally disabled, which was precisely when she became vulnerable and the protection of human rights legislation was most needed. When Ms. Gibbs became mentally disabled, she was treated distinctively because of the type of her disability; this was discrimination under s. 16 of the Code.

Such reasoning is supported by this Court's decision in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353. In that case, the Court decided that in treating a mentally ill student distinctively because of her illness, the University violated the British Columbia *Human Rights Act*. One of the central issues was whether the services offered by the University to its students were offered "to the public" within the meaning of the Act. It was argued that once a person had become a student of the University, the University ceased to provide services to the person as a member of the public. Lamer C.J., writing for the majority, stated at pp. 381-82:

... I find the distinction between discrimination in the admissions process and discrimination in the provision of accommodations, services and facilities to those already admitted unconvincing and subversive of the purpose of human rights legislation ...

... such a distinction would allow such institutions to frustrate the purpose of the legislation by admitting students without discrimination, and then denying them

traire aux objets des lois en matière de droits de la personne de soustraire une pratique à l'examen prévu par ces lois simplement parce que ses effets discriminatoires dépendent d'événements incertains.

Tel que souligné dans l'extrait précité de l'arrêt *Zurich*, les lois sur les droits de la personne ont pour objet de protéger les membres les plus vulnérables de la société. Il serait nettement contraire à cet objet de ne pas conclure à l'existence de discrimination lorsque celle-ci dépend de l'événement même qui fait naître la nécessité de la protection du *Human Rights Code*. En l'espèce, la discrimination a été différée jusqu'à ce que M^{me} Gibbs devienne handicapée mentale, c'est-à-dire jusqu'au moment précis où elle est devenue vulnérable et où elle avait le plus besoin de la protection d'une loi en matière de droits de la personne. Quand M^{me} Gibbs est devenue handicapée mentale, elle a été traitée différemment en raison du type d'incapacité dont elle était atteinte, ce qui constituait de la discrimination au sens de l'art. 16 du Code.

Ce raisonnement est étayé par l'arrêt de notre Cour *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353. Dans cet arrêt, notre Cour a décidé qu'en traitant différemment une étudiante atteinte d'une maladie mentale en raison de sa maladie, l'université avait violé la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique. L'une des questions cruciales était de savoir si les services offerts par l'université à ses étudiants étaient offerts «au public» au sens de la Loi. On a fait valoir que, dès qu'une personne devenait étudiante à l'université, cette dernière cessait de lui fournir des services à titre de membre du public. Le juge en chef Lamer affirme, au nom de la Cour à la majorité, aux pp. 381 et 382:

... j'estime que la distinction entre la discrimination exercée au cours du processus d'admission et celle exercée dans la fourniture d'un logement, de services et d'installations envers ceux qui ont déjà été admis n'est pas convaincante et est contraire à l'objet des lois en matière de droits de la personne. . .

... une telle distinction permettrait à ces institutions de contrecarrer l'objet de la loi en admettant des étudiants sans faire de discrimination, pour ensuite leur refuser

24

25

access to the accommodations, services and facilities they require to make their admission meaningful. . . . [O]ne need do no more than ask the question "Can the legislature have intended that such activity would not be subject to scrutiny under the Act?" to make the answer, I think, clear.

Berg is instructive in analysing the case at bar. Following a purposive approach, it is not a justification for the employer to point out that the plan treated all employees equally prior to the materialization of the risk of disability. A contract that explicitly provides for distinctions on prohibited grounds, albeit distinctions that only potentially occur in the future, is contrary to the objects of human rights legislation. Does this constitute discrimination "with respect to . . . [a] term or condition of employment" so as to attract the provisions of s. 16(1)? The appellant submits that it does not because when the contract was entered into the provision was neutral and no one could be said to be subjected to differential treatment at that stage. I would reject this submission. An employer can discriminate against an employee with respect to a term or condition of employment notwithstanding that the identity of the employee against whom differential treatment will operate will be determined by future events.

The Appropriate Comparison

26

The appellant also submits that the insurance plan should not be viewed as discriminatory since the proper comparison is not between the mentally disabled and the physically disabled, but rather between the disabled generally and the able-bodied. The purpose of the Act, the appellant submits, is to prevent discrimination against the disabled as compared to able-bodied persons, not as compared to other disabled persons. The appellant submits that disability insurance almost invariably distinguishes between types of disability, so if discrimination is found on the basis of a "disability-

l'accès au logement, aux services et aux installations qui leur sont nécessaires pour donner un sens à leur admission. [. . .] [O]n n'a qu'à se demander si la législature peut avoir voulu qu'une telle activité ne soit pas assujettie à un examen fondé sur la Loi pour, selon moi, obtenir une réponse claire.

L'arrêt *Berg* est intéressant pour ce qui est d'analyser la présente affaire. Suivant la méthode d'interprétation fondée sur l'objet visé, l'employeur ne peut pas faire valoir, pour se justifier, que le régime traitait tous les employés sur un pied d'égalité avant la matérialisation du risque d'incapacité. Un contrat qui prescrit explicitement des distinctions fondées sur des motifs illicites, même s'il est seulement possible que ces distinctions se concrétisent dans l'avenir, va à l'encontre des objets des lois en matière de droits de la personne. S'agit-il de discrimination [TRADUCTION] «en matière [. . .] de conditions ou modalités de travail» de manière à déclencher l'application du par. 16(1)? L'appelante prétend que non parce qu'au moment où le contrat a été conclu la clause était neutre et il était alors impossible de dire que quelqu'un était traité différemment. Je suis d'avis de rejeter cet argument. L'employeur peut faire preuve de discrimination à l'égard d'un employé, quant à une condition ou modalité de travail, même si l'identité de l'employé qui sera traité différemment dépend d'événements futurs.

La comparaison adéquate

L'appelante soutient, en outre, que le régime d'assurance ne devrait pas être considéré comme discriminatoire étant donné que la comparaison qu'il convient de faire n'est pas entre les personnes atteintes d'une incapacité mentale et celles atteintes d'une incapacité physique, mais bien entre les personnes handicapées en général et les personnes physiquement aptes. Selon l'appelante, la Loi a pour objet d'empêcher la discrimination envers les personnes handicapées comparativement aux personnes physiquement aptes, et non comparativement à d'autres personnes handicapées. L'appelante soutient que l'assurance invalidité établit presque toujours une distinction entre les types d'incapacité, de sorte que si l'on conclut à l'existence de discrimination fondée sur une comparai-

disability” comparison, a great number of insurance schemes will be held to discriminate.

In my view, the Court of Appeal was correct, in the circumstances of the present case, in finding discrimination on the basis of a comparison between the insurance benefits offered to those unable to work because of a physical disability and those unable to work because of a mental disability. In concluding that a “mental disability/physical disability” comparison is appropriate, I note first of all that in order to find discrimination on the basis of disability, it is not necessary that all disabled persons be mistreated equally. The case law has consistently held that it is not fatal to a finding of discrimination based on a prohibited ground that not all persons bearing the relevant characteristic have been discriminated against. For example, in *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, this Court held that sexual harassment of particular female employees constituted discrimination on the basis of sex. In dismissing the argument that since only a subset of female employees was harassed, the harassment was not sex discrimination, the Court stated at pp.1288-89:

The fallacy in the position advanced by the Court of Appeal is the belief that sex discrimination only exists where gender is the sole ingredient in the discriminatory action and where, therefore, all members of the affected gender are mistreated identically. While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual’s personal characteristics, discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual. If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value. It is rare that a discriminatory action is so bluntly expressed as to treat all members of the relevant group identically. In nearly every instance of discrimination the discriminatory action is composed of various ingredients with the result

son entre des personnes handicapées, un grand nombre de régimes d’assurance seront jugés discriminatoires.

À mon avis, la Cour d’appel a eu raison, dans les circonstances de la présente affaire, de conclure à l’existence de discrimination fondée sur une comparaison entre les prestations d’assurance offertes aux personnes incapables de travailler à cause d’une incapacité physique et celles offertes aux personnes incapables de travailler à cause d’une incapacité mentale. En concluant qu’une comparaison entre l’incapacité mentale et l’incapacité physique est adéquate, je souligne d’abord que, pour conclure à l’existence de discrimination fondée sur l’incapacité, il n’est pas nécessaire que toutes les personnes handicapées soient maltraitées également. Les tribunaux ont constamment statué qu’il n’est pas erroné de conclure à l’existence de discrimination fondée sur un motif illicite quand les personnes qui présentent la caractéristique pertinente n’ont pas toutes été victimes de discrimination. Par exemple, dans *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, notre Cour a décidé que le harcèlement sexuel de certaines employées constituait de la discrimination sexuelle. En rejetant l’argument que le harcèlement ne constituait pas de la discrimination sexuelle puisque seule une partie des employées étaient harcelées, notre Cour affirme, aux pp. 1288 et 1289:

L’erreur dans la thèse de la Cour d’appel réside dans la croyance qu’il y a discrimination sexuelle seulement lorsque le sexe est l’unique élément de l’acte discriminatoire et lorsque, par conséquent, toutes les personnes du sexe en cause sont également maltraitées. Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu’en raison de ses caractéristiques personnelles, il n’est pas nécessaire, pour qu’il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l’attribution d’une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l’objet. S’il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. En effet, il arrive rarement qu’une mesure discriminatoire soit si nettement exprimée qu’elle s’applique de façon

that some members of the pertinent group are not adversely affected, at least in a direct sense, by the discriminatory action.

28

The decision of this Court in *Brooks, supra*, further supports the conclusion that discrimination against a subset of the relevant group, in the instant case, the mentally disabled, may be considered discrimination against the relevant group generally for the purposes of human rights legislation. In *Brooks*, an insurance plan was held to discriminate against pregnant women. Clearly, not all women become pregnant, but the Court held that discrimination against pregnant women constituted sex discrimination. Writing for the Court, Dickson C.J. stated at p. 1247:

I am not persuaded by the argument that discrimination on the basis of pregnancy cannot amount to sex discrimination because not all women are pregnant at any one time. While pregnancy-based discrimination only affects part of an identifiable group, it does not affect anyone who is not a member of the group. Many, if not most, claims of partial discrimination fit this pattern. As numerous decisions and authors have made clear, this fact does not make the impugned distinction any less discriminating.

Thus, a finding of discrimination on the basis of disability, even though only a subset of disabled employees is mistreated, is permissible according to the case law. In this regard, a finding of discrimination on the basis of a "mental disability/physical disability" comparison is not inconsistent with past decisions of this Court. Further reasons are required, however, to conclude that such a comparison is appropriate in the circumstances of the present case.

29

A finding of discrimination based on the imposition of a burden or the withholding of a benefit

identique à tous les membres du groupe-cible. Dans presque tous les cas de discrimination, la mesure discriminatoire comporte divers éléments de sorte que certains membres du groupe concerné ne sont pas atteints, tout au moins de façon directe, par la mesure discriminatoire.

L'arrêt *Brooks*, précité, de notre Cour étaye aussi la conclusion que, pour l'application des lois en matière de droits de la personne, la discrimination envers une partie du groupe donné, en l'occurrence les personnes atteintes d'une incapacité mentale, peut être considérée comme de la discrimination envers le groupe donné en général. Dans cet arrêt, la Cour a estimé qu'un régime d'assurance était discriminatoire envers les femmes enceintes. De toute évidence, ce ne sont pas toutes les femmes qui deviennent enceintes, mais notre Cour a décidé que la discrimination envers les femmes enceintes constituait de la discrimination sexuelle. Le juge en chef Dickson affirme, au nom de la Cour, à la p. 1247:

L'argument selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse ne peut équivaloir à de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne sont pas enceintes en même temps ne me convainc pas. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe. Un grand nombre, sinon la majorité, des cas de discrimination partielle possèdent cette caractéristique. Comme de nombreux arrêts et de nombreux auteurs l'ont affirmé, cette réalité ne rend pas la distinction contestée moins discriminatoire.

Ainsi, il est possible, d'après la jurisprudence, de conclure à l'existence de discrimination fondée sur l'incapacité même si seulement une partie des employés handicapés sont maltraités. À cet égard, conclure à l'existence de discrimination fondée sur une comparaison entre les personnes atteintes d'une incapacité mentale et celles atteintes d'une incapacité physique n'est pas incompatible avec la jurisprudence de notre Cour. Cependant, d'autres motifs sont nécessaires pour conclure qu'il convient de faire une telle comparaison dans les circonstances de la présente affaire.

Pour conclure à l'existence de discrimination fondée sur l'imposition d'un fardeau ou le refus

must be rooted in a comparison of the treatment received by a person with the treatment received by other persons. As McIntyre J. stated in *Andrews, supra*, at p. 164:

The concept of equality has long been a feature of Western thought . . . It is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises.

In my opinion, it is appropriate in the circumstances of the present case to compare the benefits received by the mentally disabled with those received by the physically disabled. As a preliminary matter, there are two significant factors that influence a purposive approach to deciding the appropriate comparison in the case at bar. First, human rights law frequently distinguishes between physical and mental disability. In Saskatchewan, for example, the *Human Rights Code* was amended to replace “physical disability” as a prohibited ground with “disability”, indicating the legislature’s recognition that “mental disability” is distinct from and is not encompassed by “physical disability”. A distinct status for mental disability as a prohibited ground is explicitly envisioned in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 15(1) provides:

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 . . . mental or physical disability.

Mental disability thus has been treated as distinct from physical disability both in statutes and in the Constitution, which, all other things being equal, indicates that it was not inappropriate for the courts below to treat mental disability as distinct from physical disability.

Aside from the statutory and constitutional treatment of mental disability as a distinct prohibited ground, a second broad factor that should influence a purposive approach is the particular historical disadvantage faced by persons with mental dis-

d’accorder un avantage, il faut comparer le traitement réservé à une personne avec celui réservé à d’autres personnes. Comme le dit le juge McIntyre dans l’arrêt *Andrews*, précité, à la p. 164:

Le concept d’égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. [. . .] C’est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.

À mon avis, il convient, dans les circonstances de la présente affaire, de comparer les avantages reçus par les handicapés mentaux avec ceux reçus par les handicapés physiques. À titre préliminaire, deux facteurs importants influent sur la méthode fondée sur l’objet visé quand il s’agit de décider de la comparaison adéquate en l’espèce. Premièrement, les lois en matière de droits de la personne établissent souvent une distinction entre l’incapacité physique et l’incapacité mentale. En Saskatchewan, par exemple, le législateur a modifié le *Human Rights Code* en remplaçant l’«incapacité physique» par l’«incapacité» comme motif illicite, indiquant ainsi qu’il reconnaissait que l’«incapacité mentale» est distincte de l’«incapacité physique» et n’est pas comprise dans celle-ci. La *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit explicitement l’existence d’un statut distinct pour la déficience ou incapacité mentale à titre de motif illicite. Le paragraphe 15(1) se lit ainsi:

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 [. . .] les déficiences mentales ou physiques.

L’incapacité mentale a donc été tenue pour distincte de l’incapacité physique tant dans les lois que dans la Constitution, ce qui indique, toutes choses égales d’ailleurs, qu’il n’était pas inapproprié que les tribunaux d’instance inférieure considèrent l’incapacité mentale comme distincte de l’incapacité physique.

Hormis le fait que, dans les lois et la Constitution, l’incapacité mentale constitue un motif illicite distinct, un second facteur général qui devrait influencer sur la méthode fondée sur l’objet visé est le désavantage particulier dont les handicapés men-

abilities. In *Equality for All*, a 1985 report of the Parliamentary Committee on Equality Rights, the following passage submitted to the Committee by the Canadian Mental Health Association, New Brunswick Division, is cited at p. 89:

Mental illness is one of the least understood and least accepted of all illnesses. It creates fear and stereotypical responses in people. Yet who are the mentally ill? Potentially they can be people who suffer from varying degrees of illness, from short term situations that temporarily incapacitate an individual to long term illnesses that require continuous support and attention. Psychiatric disabilities have many possible causes, sometimes physical, sometimes psychological and sometimes social. For a great many people, such illnesses are shameful and embarrassing and as a result they are very reticent to stand up for their rights or to protest when injustice has been done to them.

Indeed, the particular disadvantage facing the mentally disabled was recognized by this Court in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933. Lamer C.J. stated at p. 994:

Furthermore, the fact that the claim involves the personal characteristic of insanity (which falls within the enumerated ground of mental disability) leaves no doubt in my mind that, if the differential treatment is "discriminatory" (which remains to be seen), the s. 15(1) claim fits within the overall purpose of remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in Canadian society. There is no question but that the mentally ill in our society have suffered from historical disadvantage, have been negatively stereotyped and are generally subject to social prejudice.

32

Keeping these considerations in mind, in my opinion it was appropriate, in the circumstances, to compare the benefits received by the mentally disabled with those received by the physically disabled. The present case involves an allegation of an inadequate benefit. In order to assess the adequacy of the benefit, there must be a comparison between the benefits paid to the person with a mental disability and some other group. Clearly, if the comparator group is all persons without a disability, then a claim of discrimination on the basis of inadequate disability insurance benefits would

taux ont de tout temps été victimes. Dans un rapport de 1985 du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité, intitulé *Égalité pour tous*, on trouve, à la p. 97, le passage suivant présenté par l'Association canadienne pour la santé mentale, Division du Nouveau-Brunswick:

La déficience mentale est l'une des maladies les moins comprises et les moins acceptées. Elle suscite la crainte et des réactions stéréotypées. Mais qui sont les malades mentaux? Il peut s'agir de personnes atteintes à des degrés divers. Si la maladie est de courte durée, elle cause une temporaire invalidité, si elle se prolonge, elle nécessite une aide et une attention continues. Les déficiences psychiatriques peuvent avoir de nombreuses causes. Elles sont parfois d'ordre physique, parfois d'ordre psychologique et parfois d'ordre social. Un grand nombre de personnes trouvent leur maladie honteuse et gênante, et hésitent beaucoup à revendiquer leurs droits ou à protester devant une injustice.

En fait, notre Cour a reconnu, dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le désavantage particulier dont sont victimes les handicapés mentaux. Le juge en chef Lamer affirme, à la p. 994:

En outre, le fait que la plainte porte sur la caractéristique personnelle de l'aliénation mentale (qui est visée par le motif énuméré qu'est la déficience mentale) me convainc absolument que, si le traitement différent est «discriminatoire» (ce qui n'est pas encore établi), la plainte fondée sur le par. 15(1) correspond à l'objectif général de corriger ou d'empêcher la discrimination contre des groupes victimes de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans la société canadienne. Il est indéniable que, dans notre société, les malades mentaux ont de tout temps souffert de désavantages et de stéréotypes négatifs et que, de façon générale, ils sont victimes de préjugés.

Compte tenu de ces considérations, j'estime qu'il convenait, dans les circonstances, de comparer les avantages reçus par les handicapés mentaux avec ceux reçus par les handicapés physiques. La présente affaire porte sur une allégation d'indemnité insuffisante. Pour déterminer si une indemnité est suffisante, il faut comparer les indemnités versées aux personnes atteintes d'une incapacité mentale à celles versées à un autre groupe. De toute évidence, si le groupe qui sert d'élément de comparaison comprend toutes les personnes non atteintes d'une incapacité, une plainte de discrimi-

seldom be successful. Such a result appears contrary to the underlying purpose of human rights legislation, especially given the particular historical disadvantage facing the mentally disabled. Moreover, such a conclusion is contrary to a past decision of this Court. In *Brooks, supra*, this Court was asked to decide whether an insurance plan that compensated employees for being away from work as the result of a sickness or an accident discriminated on the basis of sex by limiting the benefits available to employees who were absent as the result of pregnancy. The Court first considered whether the plan discriminated against pregnant employees, and then considered whether such discrimination constituted sex discrimination. In analysing the first issue, the Court considered the argument that since the insurance plan only covered "accidents" and "illnesses", it was not discriminatory to have different benefits for pregnant women, who were neither sick nor recovering from an accident. Dickson C.J., writing for the Court, rejected this argument, stating at p. 1237:

I agree entirely that pregnancy is not characterized properly as a sickness or an accident. It is, however, a valid health-related reason for absence from the workplace and as such should not have been excluded from the Safeway plan. That the exclusion is discriminatory is evident when the true character, or underlying rationale, of the Safeway benefits plan is appreciated. The underlying rationale of this plan is the laudable desire to compensate persons who are unable to work for valid health-related reasons. Pregnancy is clearly such a reason. By distinguishing "accidents and illness" from pregnancy, Safeway is attempting to disguise an untenable distinction. It seems indisputable that in our society pregnancy is a valid health-related reason for being absent from work.

The Court concluded that the disability plan in question discriminated on the basis of pregnancy, given that pregnant employees received a lower level of benefits as compared with the benefits received by other employees who were unable to work because of health-related reasons. That is,

nation fondée sur des prestations d'assurance invalidité insuffisantes sera rarement couronnée de succès. Pareil résultat semble contraire à l'objet fondamental des lois en matière de droits de la personne, étant donné surtout le désavantage particulier dont les handicapés mentaux ont de tout temps été victimes. De plus, pareille conclusion est contraire à une décision de notre Cour. Dans l'arrêt *Brooks*, précité, la Cour était appelée à décider si un régime d'assurance qui indemnisait les employés absents du travail pour cause de maladie ou d'accident créait une discrimination fondée sur le sexe en limitant les prestations offertes aux employées absentes pour cause de grossesse. La Cour s'est d'abord demandé si le régime était discriminatoire envers les employées enceintes, puis si cette discrimination constituait une discrimination sexuelle. Dans son analyse de la première question, la Cour a examiné l'argument voulant que, puisque le régime d'assurance ne couvrait que les «accidents» et les «maladies», il n'était pas discriminatoire de verser des prestations différentes aux femmes enceintes car la grossesse n'était pas une maladie ni un accident. Le juge en chef Dickson repousse cet argument, au nom de la Cour, à la p. 1237:

Je suis tout à fait d'accord qu'on ne saurait, à proprement parler, qualifier la grossesse de maladie ou d'accident. C'est cependant un motif de santé suffisant pour ne pas se présenter au travail et, à ce titre, il n'aurait pas dû être exclu du régime de Safeway. Le caractère discriminatoire de cette exclusion ressort clairement quand on considère la nature véritable, ou la raison d'être sous-jacente du régime de prestations de Safeway. La raison d'être sous-jacente de ce régime est le désir louable d'indemniser les personnes incapables de travailler pour des motifs réels de santé. La grossesse appartient manifestement à ces motifs. En établissant une distinction entre la maladie et les accidents d'une part et la grossesse d'autre part, Safeway cherche à camoufler une distinction indéfendable. Il semble incontestable que dans notre société la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail.

La Cour a conclu que le régime d'invalidité en question créait une discrimination fondée sur la grossesse, étant donné que les employées enceintes touchaient des prestations moins avantageuses que celles reçues par les autres employés incapables de travailler pour des raisons de santé. Autrement dit,

since the insurance in *Brooks* was intended to compensate those absent from work for health-related reasons, the relevant comparison was between the benefits available to pregnant employees and those available to employees unable to work for other health reasons.

33

In my view, *Brooks, supra*, provides a useful guide in determining the appropriate group to compare to mentally disabled employees in the case at bar. The first step is to determine, in all the circumstances of the case, the purpose of the disability plan. Comparing the benefits allocated to employees pursuant to different purposes is not helpful in determining discrimination — it is understandable that insurance benefits designed for disparate purposes will differ. If, however, benefits are allocated pursuant to the same purpose, yet benefits differ as the result of characteristics that are not relevant to this purpose, discrimination may well exist.

34

In the case at bar, it is apparent that the plan was designed to insure employees against the income-related consequences of becoming disabled and unable to work. The wording of the plan, for example, clause 10.1 of the policy, which is entitled “Employee Disability Benefit”, indicates that its purpose is to insure against disability generally. Furthermore, and more importantly, the insurance plan in substance, by providing benefits for a broad range of disabilities, provides income replacement for employees in the event of disability. Consequently, in determining whether clause 10.6, which limits the benefits extended to mentally disabled employees, discriminates against the mentally disabled, it is appropriate to compare their income replacement benefits with those receiving disability benefits generally, just as it was appropriate to compare the benefits available to pregnant employees in *Brooks* with the benefits available to employees absent for other health-related reasons. The mental disability and the physical disability insurance were designed for the same purpose: to insure against the income-related consequences of being unable to work because of

étant donné que l’assurance, dans *Brooks*, était destinée à indemniser les personnes absentes du travail pour des raisons de santé, il convenait de comparer les prestations offertes aux employées enceintes avec celles offertes aux employés incapables de travailler pour d’autres raisons de santé.

À mon avis, l’arrêt *Brooks*, précité, est utile pour nous aider à déterminer le groupe avec lequel il convient de comparer les employés atteints d’une incapacité mentale en l’espèce. Il faut commencer par déterminer l’objet du régime d’invalidité, compte tenu de toutes les circonstances de l’affaire. Comparer les prestations versées à des employés conformément à des objets différents n’est pas utile lorsqu’il s’agit de décider s’il y a discrimination — il est normal que les prestations d’assurance conçues pour des objets distincts soient différentes. Si, toutefois, les prestations sont attribuées conformément au même objet, et sont néanmoins différentes en raison de caractéristiques non pertinentes relativement à cet objet, il se peut bien qu’il y ait discrimination.

En l’espèce, il appert que le régime était destiné à assurer les employés contre les conséquences sur leur revenu de leur incapacité de travailler pour cause d’invalidité. Le libellé du régime, comme, par exemple, la clause 10.1 de la police, qui est intitulée [TRADUCTION] «Prestations d’invalidité des employés», indique que son objet est d’assurer contre l’invalidité en général. En outre, ce qui est plus important, en offrant des prestations pour toute une gamme d’incapacités, le régime d’assurance prescrit essentiellement une formule de remplacement du revenu pour les employés atteints d’une incapacité. En conséquence, pour décider si la clause 10.6, qui limite les prestations des employés atteints d’une incapacité mentale, est discriminatoire envers les handicapés mentaux, il convient de comparer leur indemnité de remplacement du revenu avec celle versée en général aux employés atteints d’une incapacité, tout comme il convenait de comparer les prestations offertes aux employées enceintes dans *Brooks* avec celles offertes aux employés absents pour d’autres raisons de santé. L’assurance invalidité mentale et l’assurance invalidité physique visent le même

disability. However, the benefits are limited if an employee has a mental disability. Clause 10.6 discontinues the benefits to the mentally disabled after two years unless they are institutionalized, yet there is no such restriction on the benefits available to the physically disabled. Consequently, the insurance plan provided by the appellant employer in the present case discriminates on the basis of mental disability and thus contravenes s. 16 of *The Saskatchewan Human Rights Code*: a benefit is limited “because of” disability. The analysis leading to this conclusion is consistent with *Brooks* and is also consistent with a purposive approach that recognizes the distinct disadvantages faced by the mentally ill.

I cannot accept the submission of the appellant that “because of . . . disability” should receive a more restrictive meaning than that which is given to other prohibited grounds. Essentially, the argument of the appellant is that the Code provides protection against invidious distinctions which are made between one race and another, between one religion and another, between one sex and another, because such distinctions resulted in the historical disadvantage suffered by certain races, religions and members of a sex. Disability, it is submitted, stands on a different and unique footing because there is no history or experience of one class of disabled people treating other disabled individuals in ways that are unfair or prejudicial.

This argument assumes that discrimination by one group against another within the prohibited classification is a prerequisite to protection under the Code. On the contrary, the object of the Code is to protect against the application of stereotypical assumptions based on prohibited grounds by anyone, irrespective of whether that person shares those characteristics. Accordingly, discrimination by blacks against blacks, women against women and so on is proscribed by the Code and protection

objet: assurer contre les conséquences sur le revenu d'une incapacité de travailler pour cause d'invalidité. Toutefois, les prestations sont limitées si l'employé est atteint d'une incapacité mentale. Aux termes de la clause 10.6, les prestations destinées aux handicapés mentaux cessent de leur être versées au bout de deux ans, sauf s'ils sont placés dans un établissement, alors que les prestations offertes aux handicapés physiques ne font pas l'objet d'une telle restriction. En conséquence, le régime d'assurance fourni par l'employeur appellant en l'espèce crée une discrimination fondée sur l'incapacité mentale et viole ainsi l'art. 16 du *Saskatchewan Human Rights Code*: l'indemnité est limitée «en raison» d'une incapacité. L'analyse qui nous mène à cette conclusion est compatible avec l'arrêt *Brooks* et avec la méthode fondée sur l'objet visé qui reconnaît les désavantages différents dont sont victimes les personnes atteintes d'une maladie mentale.

Je ne puis accepter l'argument de l'appelante que les mots [TRADUCTION] «en raison de [. . .] l'incapacité» doivent être interprétés plus strictement que les autres motifs illicites. L'appelante soutient essentiellement que le Code offre une protection contre les distinctions injustes entre une race et une autre, entre une religion et une autre, entre un sexe et l'autre, parce que ces distinctions sont à l'origine des désavantages dont ont de tout temps été victimes certaines races, religions et membres d'un sexe. L'incapacité, soutient-on, repose sur un fondement différent et exceptionnel, parce qu'on ne connaît pas de cas où il est arrivé qu'une catégorie de personnes handicapées ait traité d'autres personnes handicapées de manière injuste ou préjudiciable.

Cet argument suppose qu'il n'est possible de se prévaloir de la protection du Code que si la discrimination est exercée par un groupe envers un autre groupe de la catégorie énumérée. Au contraire, le Code a pour objet de protéger contre l'application, par toute personne, de suppositions stéréotypées fondées sur des motifs illicites, peu importe que cette personne possède les mêmes caractéristiques. Par conséquent, la discrimination par des Noirs envers d'autres Noirs, par des femmes envers

is afforded to the persons discriminated against. The Code does not differentiate with respect to whether the discriminator is of the same race, sex or religion. These characteristics of the discriminator are irrelevant. Accordingly, it is not relevant that there is no historical basis for concluding that physically disabled persons treated mentally disabled persons in ways that are unfair, prejudicial or oppressive.

37

Accepting for the sake of evaluating the appellant's argument that such historical ill-treatment is a prerequisite to protection under the Code, there is abundant support for the view that the mentally disabled have suffered from historical disadvantage and negative stereotyping. I have referred above to the evidence supporting this conclusion. Although the physically disabled also have a claim in this regard, the treatment to which the mentally disabled were subjected sets them apart from disabled persons generally. While in many cases discrimination because of disability will involve distinctions between disabled persons and able-bodied persons, in my view the legislature also intended to extend protection in circumstances such as this in which mentally disabled persons are treated differently from other disabled persons without any apparent justification. To hold otherwise would permit the continuation of the historical disadvantages to which mentally disabled persons were subject, without recourse to human rights protection.

38

The appellant provides several examples to illustrate what it submits are the adverse consequences of a "disability-disability" comparison, including the following example that it submits is analogous to the present case. Suppose a piano school elects to provide disability coverage in relation to hand injuries only, and does not provide coverage for emotional distress, broken legs or any other reason for missing work. Could a teacher who broke his or her leg claim discrimination

d'autres femmes, et ainsi de suite, est interdite par le Code, et les personnes victimes de discrimination bénéficient de la protection qu'il offre. Le Code ne fait pas de différence selon que l'auteur de la discrimination est de même race, du même sexe, ou de même religion. Ces caractéristiques de l'auteur de la discrimination ne sont pas pertinentes. En conséquence, il est sans importance qu'il n'y ait aucun motif historique de conclure que les handicapés physiques ont traité les handicapés mentaux de manière injuste, préjudiciable ou oppressive.

Si on accepte, aux fins d'évaluer l'argument de l'appelante, qu'un tel mauvais traitement subi dans le passé est une condition préalable pour que s'applique la protection offerte par le Code, l'opinion que les handicapés mentaux ont de tout temps été victimes de désavantages et de stéréotypes négatifs est amplement étayée. J'ai déjà mentionné la preuve à l'appui de cette conclusion. Quoique les handicapés physiques aient aussi des griefs à cet égard, le traitement qu'on a fait subir aux handicapés mentaux les distingue des handicapés en général. Quoique, dans bien des cas, la discrimination fondée sur l'incapacité comportera des distinctions entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées, j'estime que le législateur a également voulu offrir la protection dans des circonstances comme celles de la présente affaire où des personnes atteintes d'incapacité mentale sont, sans justification apparente, traitées différemment des autres personnes handicapées. Conclure autrement permettrait de perpétuer les désavantages dont ont de tout temps été victimes les handicapés mentaux, sans que ceux-ci puissent recourir à la protection des droits de la personne.

L'appelante donne plusieurs exemples illustrant quelles sont, d'après elle, les conséquences néfastes d'une comparaison entre des personnes handicapées, dont le suivant qui, à son avis, est analogue à la présente affaire. Supposons qu'une école de piano choisisse de fournir une assurance invalidité couvrant les blessures aux mains seulement, mais non les troubles émotifs, les fractures des jambes ou tout autre motif d'absence du travail. Un professeur qui se casse la jambe pourrait-il alléguer la

since he or she did not receive benefits while a teacher who broke his or her hand would have received benefits? In my opinion, this example does not challenge the above analysis. As set out in *Brooks*, in determining whether an insurance plan discriminates, it is first necessary to determine the true character or underlying rationale of the plan in the circumstances of the particular case. As noted above, discrimination should not be found on the basis of a comparison between the benefits given to employees pursuant to different insurance purposes. While a full evidentiary record is necessary to make a determination of purpose, it appears that in the cited example the true character of the insurance plan is simply to insure against hand injuries, not to insure against disability generally. If so, in finding discrimination, the benefits allocated to employees for the particular purpose of insuring against hand injuries cannot be compared with the benefits designed to insure against other injuries. The proper comparison in determining discrimination is between those with hand injuries, not between those with hand injuries and those with leg injuries. In *Brooks*, on the other hand, the true character of the insurance plan was to insure against health-related reasons for missing work, and thus it was appropriate to compare the different benefits available depending on the health-related reason for missing work.

I respectfully disagree with Justice McLachlin's assertion that the analysis proposed here "reframes" the purpose test found in *Brooks*. McLachlin J. asserts that my analysis of the present case would permit the type of reasoning that led courts to deny benefits to pregnant women on the ground that the schemes were designed to compensate illness, not pregnancy. She correctly notes, however, that *Brooks* rejected such reasoning by defining the true character or underlying rationale of the insurance as providing income for those unable to work because of health-related reasons; excluding pregnancy thus discriminated against pregnant women, which amounted to sex

discrimination parce qu'il ne toucherait pas d'indemnité, alors que celui qui se fracture la main en toucherait une? À mon avis, cet exemple ne met pas en doute l'analyse ci-dessus. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Brooks*, pour décider si un régime d'assurance crée une discrimination, il faut d'abord déterminer sa nature véritable ou sa raison d'être sous-jacente dans les circonstances de l'affaire. Comme nous l'avons vu, la discrimination ne devrait pas reposer sur une comparaison des prestations versées à des employés conformément à des objets différents en matière d'assurance. Bien qu'il faille un dossier de preuve complet pour déterminer un objet, il semble que, dans l'exemple cité, la nature véritable du régime d'assurance est simplement d'assurer contre les blessures aux mains, et non de garantir contre l'incapacité en général. Si c'est le cas, il n'est pas possible, pour conclure à l'existence de discrimination, de comparer les prestations versées aux employés conformément à l'objet particulier qui est de les assurer contre les blessures aux mains avec les prestations destinées à assurer contre d'autres blessures. La comparaison qui convient pour déterminer s'il y a discrimination est entre ceux qui souffrent de blessures aux mains, et non entre ceux qui sont blessés aux mains et ceux qui sont blessés aux jambes. Dans *Brooks*, par contre, la nature véritable du régime d'assurance était d'assurer contre l'incapacité de travailler pour des raisons de santé, de sorte qu'il convenait de comparer les divers avantages offerts selon la raison de santé invoquée pour s'absenter du travail.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation du juge McLachlin selon laquelle l'analyse proposée en l'espèce «reformule» le critère de l'objet visé qui est établi dans l'arrêt *Brooks*. Le juge McLachlin affirme que mon analyse de la présente affaire revient à autoriser le type de raisonnement qui a amené des tribunaux à refuser de verser des indemnités aux femmes enceintes, pour le motif que les régimes en cause étaient conçus pour l'indemnisation de maladies et non de la grossesse. Elle fait cependant remarquer, à bon droit, que, dans l'arrêt *Brooks*, la Cour a rejeté ce raisonnement en définissant la nature ou raison d'être véritable de l'assurance comme étant

discrimination. In my view, the reasoning in *Brooks* is directly analogous to my analysis of the case at bar: following a purposive approach, the true character or underlying rationale of the insurance plan was to provide income replacement for those unable to work because of disability, and thus limiting benefits on the basis of mental disability discriminated. By following an approach to defining the purpose of the insurance scheme that is consonant with the goals of human rights legislation, the narrow, formalistic approach to discrimination found in earlier pregnancy cases is avoided under the analysis here and in *Brooks*.

de fournir un revenu aux personnes incapables de travailler pour des raisons de santé; l'exclusion de la grossesse était donc discriminatoire envers les femmes enceintes et constituait de la discrimination fondée sur le sexe. À mon avis, le raisonnement dans *Brooks* est directement analogue à mon analyse de la présente affaire: suivant une méthode fondée sur l'objet visé, la nature ou raison d'être véritable du régime d'assurance était de fournir une indemnité de remplacement de leur revenu aux personnes qui ne pouvaient travailler en raison d'une incapacité, et ainsi la restriction des prestations pour cause d'incapacité mentale était discriminatoire. En adoptant une façon de définir l'objet du régime d'assurance qui soit compatible avec les objectifs des lois en matière de droits de la personne, l'analyse à laquelle on a procédé en l'espèce et dans l'arrêt *Brooks* permet d'éviter la façon stricte et formaliste dont la discrimination a été abordée dans la jurisprudence antérieure sur la grossesse.

40 In the present case, the true character of the insurance is to insure against the income-related consequences of disability, and thus it is appropriate to compare the benefits available for different disabilities. If, in either *Brooks* or the present case, the true character of the plan in all the circumstances were simply to insure against particular injuries, it may be inappropriate to compare the benefits for different injuries. However, given the true character of the plan in the case at bar, and given the particular disadvantage faced by those with a mental disability, a "disability-disability" comparison is appropriate.

En l'espèce, la nature véritable de l'assurance est d'assurer contre les conséquences de l'invalidité sur le revenu, et il convient donc de comparer les indemnités offertes pour différentes incapacités. Si, dans l'arrêt *Brooks* ou dans la présente affaire, la nature véritable du régime, compte tenu de l'ensemble des circonstances, était simplement d'assurer contre des blessures particulières, il ne conviendrait peut-être pas de comparer les prestations accordées pour des blessures différentes. Toutefois, étant donné la nature véritable du régime en l'espèce et étant donné le désavantage particulier dont sont victimes ceux qui sont atteints d'une incapacité mentale, il convient de faire une comparaison entre des personnes handicapées.

The Insurance Context

Le contexte de l'assurance

41 The appellant submits that, following *Zurich, supra*, discrimination in the present case must be analysed in the insurance context. In *Zurich*, I stated at pp. 338-39 that:

L'appelante soutient que, suivant l'arrêt *Zurich*, précité, la discrimination en l'espèce doit être analysée dans le contexte de l'assurance. Dans *Zurich*, je dis ceci, aux pp. 338 et 339:

The determination of insurance rates and benefits does not fit easily within traditional human rights concepts. The underlying philosophy of human rights legislation is that an individual has a right to be dealt with on

La détermination des taux et des prestations d'assurance ne se rattache pas facilement aux concepts traditionnels des droits de la personne. La philosophie sous-jacente de la législation des droits de la personne est

his or her own merits and not on the basis of group characteristics. Conversely, insurance rates are set based on statistics relating to the degree of risk associated with a class or group of persons.

The appellant contends that this Court should be sensitive to the insurance aspects of the present case.

Contrary to the appellant's submission, *Zurich* has no impact on the case at bar, at least in the way the case has been argued. In *Zurich*, an insurance company conceded that in assessing the risk of accidents, and therefore the cost of automobile insurance, on the basis of prohibited grounds such as age and sex, it had *prima facie* discriminated under the Ontario *Human Rights Code, 1981*. However, the company contended that, in the context of insurance, there was a *bona fide* justification for what would otherwise have been unlawful discrimination, namely, it would have been impractical to base the risk of accidents on any other data. In the case at bar, in contrast, no evidence has been led to attempt to justify the discriminatory nature of the disability insurance plan. Indeed, the limit on the benefits available to a mentally disabled employee unless he or she is institutionalized appears to be grounded on a stereotypical assumption concerning the behaviour of mentally disabled persons, an assumption which is antithetical to the purpose of human rights legislation. Given that no evidence was led in an attempt to justify the discrimination, but rather the appellant has simply disputed the existence of discrimination, *Zurich* has no effect on the present case.

Furthermore, it appears that the legislature of the Province of Saskatchewan has not provided for a special defence relating to insurance such as exists in Ontario and which enabled *Zurich* to justify the discriminatory practice in that case. A provision similar to the Ontario section (21) is applicable to a complaint under s. 15 of the Saskatchewan Code but it is not applicable to com-

qu'une personne a le droit d'être traitée selon ses propres mérites et non en fonction des caractéristiques d'un groupe. Inversement, les taux d'assurance sont calculés à partir de statistiques ayant trait au degré de risque présenté par une catégorie ou un groupe de personnes.

L'appelante affirme que notre Cour doit tenir compte des aspects de la présente affaire relatifs à l'assurance.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, l'arrêt *Zurich* n'a aucune incidence sur la présente affaire, du moins telle qu'elle a été plaidée. Dans *Zurich*, une compagnie d'assurances avait admis qu'en évaluant le risque d'accident, et donc les primes d'assurance-automobile, en fonction de motifs illicites tels que l'âge et le sexe, elle avait, à première vue, fait preuve de discrimination au sens du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario. Toutefois, elle a soutenu que, dans le contexte de l'assurance, il y avait un motif de bonne foi qui justifiait ce qui, par ailleurs, aurait constitué de la discrimination illicite, à savoir qu'il aurait été impossible d'évaluer le risque d'accident en fonction d'autres données. En l'espèce, par contre, aucun élément de preuve n'a été présenté pour tenter de justifier la nature discriminatoire du régime d'assurance invalidité. En fait, la limite imposée aux prestations offertes aux employés atteints d'une incapacité mentale, sauf s'ils sont placés dans un établissement, semble fondée sur une supposition stéréotypée concernant le comportement des handicapés mentaux, laquelle supposition est contraire à l'objet des lois en matière de droits de la personne. L'arrêt *Zurich* n'a aucune incidence sur la présente affaire étant donné qu'aucun élément de preuve n'a été présenté pour tenter de justifier la discrimination, et que l'appelante a simplement contesté l'existence de discrimination.

De plus, il semble que l'assemblée législative de la province de la Saskatchewan n'a pas prévu de moyen de défense particulier en matière d'assurance, comme celui qui existe en Ontario et qui a permis à *Zurich* de justifier la pratique discriminatoire dans cette affaire. Une disposition semblable à l'art. 21 de l'Ontario est applicable à une plainte fondée sur l'art. 15 du Code de la Saskatchewan,

plaints under s. 16(1). As this case demonstrates, complaints with respect to discriminatory insurance benefits can be brought under s. 16(1) which, apart from the standard BFOR defence, contains no special justificatory provision comparable to s. 21 of the Ontario Code.

Conclusion and Disposition

44 As the particular circumstances of the present case indicate, the true character, or underlying rationale, of the impugned insurance plan was to insure employees against the income-related consequences of becoming unable to work because of a disability. By limiting the benefits available to her because of her mental disability, the plan discriminated against Ms. Gibbs in violation of s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*. I would therefore dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

45 MCLACHLIN J. — I agree with the conclusion reached by Justice Sopinka. However, I have concerns relating to the formulation of the purpose test as proposed by him.

46 Under the proposed test, discrimination is determined by examining the true purpose of the insurance plan. Discrimination will exist if benefits received for the same purpose differ on the basis of a characteristic not relevant to the purpose of the insurance scheme. In the instant case, the defined purpose of the scheme is to insure employees against the income-related consequences of becoming disabled and unable to work. By framing the purpose in this way, the nature of the disability becomes an irrelevant characteristic. Therefore, to distinguish benefits on the basis of disability constitutes discrimination.

47 So long as the purpose is formulated broadly with reference to the need which the plan seeks to address and without reference to specific injuries

mais non aux plaintes fondées sur son par. 16(1). Comme le démontre la présente affaire, les plaintes relatives aux prestations d'assurance discriminatoires peuvent être déposées en vertu du par. 16(1) qui, hormis le moyen de défense ordinaire de l'exigence professionnelle réelle, ne comprend aucune disposition justificative particulière qui soit comparable à l'art. 21 du code ontarien.

Conclusion et dispositif

Comme l'indiquent les circonstances particulières de la présente affaire, la nature véritable ou la raison d'être sous-jacente du régime d'assurance attaqué était d'assurer les employés contre les conséquences sur leur revenu de leur incapacité de travailler pour cause d'invalidité. En limitant les prestations qui lui étaient offertes en raison de l'incapacité mentale dont elle était atteinte, le régime a fait preuve de discrimination envers M^{me} Gibbs, contrairement au par. 16(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis d'accord avec la conclusion à laquelle arrive le juge Sopinka. Cependant, la formulation du critère de l'objet visé qu'il propose me préoccupe.

Selon le critère proposé, l'existence de discrimination est déterminée en examinant l'objet véritable du régime d'assurance. Il y aura discrimination si des indemnités touchées pour le même objet varient en fonction d'une caractéristique non pertinente relativement à l'objet du régime d'assurance. En l'espèce, l'objet défini du régime est d'assurer les employés contre les conséquences sur leur revenu de leur incapacité de travailler pour cause d'invalidité. Si on formule l'objet de cette façon, la nature de l'incapacité devient une caractéristique non pertinente. Par conséquent, distinguer des indemnités en fonction de l'incapacité constitue de la discrimination.

Dans la mesure où l'objet est formulé de façon large par rapport au besoin auquel le régime cherche à répondre et sans mentionner des bles-

or specific groups of people, it functions well. This is how Sopinka J. approaches the matter of purpose in this case.

However, if the purpose is defined in terms of specific injuries or a specific target group, problems arise. Consider a scheme that provides treatment for people suffering from alcoholism. The purpose might be defined in various ways. The purpose might be seen as preventing or curing alcoholism. Under this purpose, denial of treatment to a cocaine addict would not be discriminatory under Sopinka J.'s test. Alternatively, the purpose might be defined as preventing addiction. Under this purpose, denial of benefits to a cocaine addict would be discriminatory, but a person suffering from another disability, for example, mental illness, would have no basis to claim discrimination. Finally, the provision of treatment for alcoholics might be seen as an aspect of the broader purpose of providing treatment for persons suffering from debilitating health problems. On this definition, the alcoholic, the cocaine addict and the mentally ill person would all be entitled to treatment free from discrimination.

If it is open to the employer and employee to define the purpose of benefits narrowly by reference to a target group, like alcoholics, without discrimination, the result may be to condone exclusion of many valid claims and permit *de facto* discrimination against others similarly disabled from other causes. On the other hand, if the employer provides even a minimal benefit to a person other than the target group, the purpose expands and discrimination is establishable. For example, if an insurance scheme provided full treatment for alcoholics and also gave a \$5 treatment benefit to schizophrenics, the scheme would necessarily target disability more generally. The result would be a finding that the scheme discriminated against the schizophrenic denied equal benefits. This does not seem reasonable. The person who gets no money under the scheme should be

sures particulières ou des groupes particuliers de personnes, il fonctionne bien. C'est la façon dont le juge Sopinka aborde la question de l'objet de l'espèce.

Cependant, si l'objet est défini en fonction de blessures particulières ou d'un groupe cible particulier, des problèmes surgissent. Prenons un régime qui prévoit un traitement pour les personnes atteintes d'alcoolisme. L'objet pourrait être défini de différentes façons. Il pourrait être considéré comme étant de prévenir ou de traiter l'alcoolisme. Aux termes de cet objet, refuser le traitement à un cocaïnomanie ne serait pas discriminatoire selon le critère du juge Sopinka. Subsidiairement, l'objet pourrait être défini comme étant de prévenir la dépendance. Selon cet objet, refuser de verser des indemnités à un cocaïnomanie serait discriminatoire, mais une personne atteinte d'une autre incapacité, comme une maladie mentale par exemple, ne pourrait pas se plaindre de discrimination. Enfin, le traitement d'alcooliques pourrait être considéré comme un aspect de l'objectif plus large d'offrir un traitement aux personnes souffrant de problèmes de santé débilissants. Suivant cette définition, l'alcoolique, le cocaïnomanie et la personne atteinte de maladie mentale auraient tous droit à un traitement sans discrimination.

S'il est loisible à l'employeur et à l'employé de donner à l'objet des indemnités une définition stricte fondée sur un groupe cible, comme les alcooliques, sans discrimination, il pourra en résulter une tolérance de l'exclusion de nombreuses réclamations valides et de l'existence d'une discrimination de fait contre d'autres personnes atteintes d'une incapacité semblable due à une autre cause. Par ailleurs, si l'employeur accorde une indemnité, même minime, à une personne ne faisant pas partie du groupe cible, il y a élargissement de l'objet et l'existence de discrimination peut être établie. Par exemple, si un régime d'assurance prévoyait un traitement complet pour les alcooliques et fournissait aussi une indemnité de traitement de 5 \$ aux schizophrènes, ce régime ciblerait nécessairement l'incapacité de façon plus générale. On en conclurait que le régime est discriminatoire envers les

able to argue discrimination on an equal basis to the person who gets \$5 under the scheme.

50

Consequences such as these lead me to conclude that in defining the purpose of schemes, reference should not be made to specific disabilities and specific target groups. To permit this is to permit the kind of reasoning which led tribunals and courts in the past to deny benefits to pregnant women, on the ground that the schemes in question were intended to compensate for illness only. This Court rejected such reasoning in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, by defining the purpose of the plan broadly as being to compensate persons who were unable to work for valid health-related reasons. The focus of the inquiry was thus placed on the need being provided for — the loss of employment for health-related reasons — rather than on the class of person being compensated.

51

If the inquiry focuses on the need being compensated, the piano player scheme raised in argument does not survive. If an insurance scheme for piano teachers only insures against hand injuries, the relevant question is what need the insurance is compensating for. If it is compensating for the need arising from the inability to work (which necessarily arises when a pianist's hands are injured), then not insuring against other things that prevent pianists from working may discriminate. If a piano teacher suffers injuries to her eyes which disable her from working, she would not be compensated under the scheme. Similarly, if a piano player is unable to work by reason of pregnancy, she will be denied equal benefits. Or, if the piano teacher suffers a nervous breakdown rendering her unable to work, she also would not be compensated under the scheme. These examples illustrate that the type of disability is irrelevant to the purpose of the

schizophrènes à qui on refuse des indemnités égales. Cela ne semble pas raisonnable. La personne à qui le régime n'accorde aucune somme devrait pouvoir invoquer la discrimination au même titre que celle à qui le régime accorde 5 \$.

De telles conséquences m'amènent à conclure que, pour définir l'objet des régimes, il n'y a pas lieu de mentionner des incapacités particulières et des groupes cibles particuliers. Permettre cela revient à autoriser le type de raisonnement qui, dans le passé, a amené des tribunaux administratifs et judiciaires à refuser de verser des indemnités aux femmes enceintes, pour le motif que les régimes en cause étaient conçus pour l'indemnisation de maladies seulement. Notre Cour a rejeté ce raisonnement dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, en définissant de manière large l'objet du régime, comme étant d'indemniser les personnes incapables de travailler pour des raisons de santé valables. L'examen a donc été axé sur le besoin auquel on répond — la perte d'emploi due à des raisons de santé — plutôt que sur la catégorie de personnes indemnisées.

Si l'examen porte sur le besoin auquel on répond, l'exemple du régime destiné aux pianistes donné dans les plaidoiries doit être écarté. Si un régime d'assurance destiné aux professeurs de piano ne couvre que les blessures aux mains, la question qui se pose est de savoir à quel besoin répond l'assurance. Si elle répond au besoin découlant de l'incapacité de travailler (qui survient nécessairement quand un pianiste est blessé à la main), ne pas couvrir d'autres risques qui peuvent empêcher un pianiste de travailler peut être discriminatoire. La professeure de piano qui subit des blessures aux yeux l'empêchant de travailler ne serait pas indemnisée en vertu du régime. De même, la pianiste incapable de jouer pour cause de grossesse se verra refuser le versement d'indemnités égales. Ou encore, la professeure de piano souffrant d'une dépression nerveuse qui la rend incapable de travailler ne serait pas non plus indemnisée en vertu du régime. Ces exemples montrent que le type d'incapacité n'a rien à voir avec l'objet du régime d'assurance. Par consé-

insurance scheme. Therefore, if the scheme makes distinctions on this basis, discrimination arises.

What if the purpose of the scheme is to provide money to pianists whose hands are injured (i.e. compensation just for suffering the injury)? Under this scheme, there is no “need” being compensated. The employer is simply providing benefits to employees with hand injuries. In my mind, this is discriminatory on its face. If the piano teacher sustains injury to her foot, there is no compensation. Therefore, the teacher who sustains injury to her foot is clearly being discriminated against on the basis of her type of disability. Therefore, I disagree with Sopinka J. that the piano player scheme would survive because it only insures against hand injuries and not disability generally.

In framing the inquiry as he does, Sopinka J. seeks to protect valid reasons for targeting certain groups. The main reason for wanting to target certain groups is the minimization of insurance costs. If a company has to insure everyone for everything, employment benefits would be reduced. The premiums might not be affordable for some employers. If an employer cannot afford to offer treatment for everyone’s problems but is concerned with the incidence of addiction problems among employees, it is argued that the employer should be able to concentrate resources in that area. However, it seems to me that the answer to this problem is not to reframe the purpose test from *Brooks*, but rather for the legislature to provide a defence of reasonable justification now absent from s. 16 of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1.

Subject to these concerns, I agree with Sopinka J.

Appeal dismissed with costs.

quent, si le régime établit des distinctions sur ce fondement, il y a discrimination.

Que se passe-t-il si le régime a pour objet de fournir de l’argent aux pianistes qui ont des blessures aux mains (c.-à-d. leur verser une indemnité du seul fait qu’ils sont blessés)? Selon ce régime, on ne répond à aucun «besoin». L’employeur verse simplement des indemnités à des employés qui ont des blessures aux mains. À mon avis, cela est discriminatoire à première vue. La professeure de piano qui a une blessure au pied n’est pas indemnisée. En conséquence, la professeure qui subit une blessure au pied est nettement victime d’une discrimination fondée sur le type d’incapacité dont elle est atteinte. Par conséquent, je ne partage pas l’avis du juge Sopinka que le régime destiné aux pianistes subsisterait parce qu’il couvre seulement les blessures aux mains et non l’incapacité en général.

En circonscrivant l’examen comme il le fait, le juge Sopinka cherche à protéger des raisons valables de cibler certains groupes. La principale raison de vouloir cibler des groupes particuliers est de réduire au minimum les coûts d’assurance. Si une compagnie doit assurer n’importe qui contre n’importe quoi, les avantages sociaux seront réduits. Les primes ne seraient peut-être pas abordables pour certains employeurs. Si un employeur n’a pas les moyens d’offrir une façon de remédier aux problèmes de chacun, mais se préoccupe de l’incidence des problèmes de dépendance chez ses employés, cet employeur, fait-on valoir, devrait être capable d’affecter des ressources à ce domaine. Cependant, il me semble que la réponse à ce problème ne consiste pas à reformuler le critère de l’objet visé qui est établi dans l’arrêt *Brooks*. Il appartient plutôt au législateur de prévoir un moyen de défense fondé sur la justification raisonnable, que l’on ne trouve pas actuellement à l’art. 16 du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1.

Sous réserve de ces préoccupations, je suis d’accord avec le juge Sopinka.

Pourvoi rejeté avec dépens.

52

53

54

Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitor for the respondents: Milton C. Woodard, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: The British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Human Rights Commission: William F. Pentney and Margaret-Rose Jamieson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: The Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureurs de l'appelante: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureur des intimées: Milton C. Woodard, Saskatoon.

Procureur de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences: Le British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: William F. Pentney et Margaret-Rose Jamieson, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: L'Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Stephen Biscette *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BISCETTE

File No.: 24787.

1996: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Crown disclosure — No prejudice to accused's right to full answer and defence — Proper consideration given to indicia of reliability and necessity in admitting the evidence.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 169 A.R. 81, 97 W.A.C. 81, 99 C.C.C. (3d) 326, 31 C.R.R. (2d) 38, dismissing an appeal from conviction by Virtue J. (1994), 150 A.R. 209, 28 C.R. (4th) 78. Appeal dismissed.

Rupert N. Joshi, for the appellant.*Elizabeth Hughes*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — We are of the view that this appeal should be dismissed. With regard to the issue of the late Crown disclosure, we are not persuaded that there was any prejudice to the appellant's ability to effect his right to full answer and defence, and would dismiss this ground substantially for the reasons of Côté J.A. in the Court of Appeal (1995), 169 A.R. 81.

We would also dismiss the second ground of appeal. In our view, the *K.G.B.* application proceeded correctly and the trial judge properly con-**Stephen Biscette** *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BISCETTE

N° du greffe: 24787.

1996: 31 octobre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve du ministère public — Aucun préjudice causé au droit de l'accusé à une défense pleine et entière — Indices de fiabilité et de nécessité pris en considération à bon droit en déclarant la preuve admissible.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 169 A.R. 81, 97 W.A.C. 81, 99 C.C.C. (3d) 326, 31 C.R.R. (2d) 38, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Virtue (1994), 150 A.R. 209, 28 C.R. (4th) 78. Pourvoi rejeté.

Rupert N. Joshi, pour l'appelant.*Elizabeth Hughes*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de rejeter ce pourvoi. Quant à la question de la communication tardive de la preuve du ministère public, nous ne sommes pas persuadés que l'appelant ait subi un préjudice en ce qui concerne sa capacité d'exercer son droit à une défense pleine et entière et il y a lieu de rejeter ce moyen essentiellement pour les raisons du juge Côté de la Cour d'appel (1995), 169 A.R. 81.

Nous rejeterions de même le second moyen d'appel. À notre avis, la demande fondée sur l'arrêt *K.G.B.* a été traitée correctement et le juge du

sidered the indicia of reliability and necessity in admitting the evidence. As Côté J.A. stated, where defence counsel is unable to effect a complete cross-examination owing to a witness' failure of memory, this alone is not a reason to bar admission of the prior inconsistent statement for its substantive use. Rather, it is a factor to be considered in respect to the weight of the prior statement. We see no reason to interfere with the trial judge's finding on this ground.

procès a, à bon droit, tenu compte des indices de fiabilité et de nécessité en déclarant la preuve admissible. Comme le juge Côté l'a affirmé, lorsque l'avocat de la défense est incapable d'effectuer un contre-interrogatoire complet à cause de la mémoire défaillante d'un témoin, ce fait ne justifie pas à lui seul de refuser l'admission de la déclaration incompatible antérieure quant à son contenu. C'est plutôt un facteur qui doit être pris en considération pour déterminer le poids à accorder à la déclaration antérieure. Nous ne voyons aucune raison d'intervenir dans la conclusion du juge du procès sur ce point.

3 The appeal is dismissed.

Le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Joshi & Dunlop, Calgary.

Procureurs de l'appelant: Joshi & Dunlop, Calgary.

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

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

Allen Pelletier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PELLETIER

File No.: 25073.

1996: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Identification — Robbery — Disguise with intent to commit indictable offence — Accused identified by eye witness — No palpable or overriding error on part of trial judge — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] Q.J. No. 1129 (QL), J.E. 96-162, dismissing the accused's appeal from his conviction for robbery and for being disguised with intent to commit an indictable offence. Appeal dismissed.

Denis Richard, for the appellant.

Mario Tremblay, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We agree with the conclusion and reasons of Brossard and Biron J.J.A. of the Court of Appeal, and accordingly dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Richard Bouffard Diguer, Québec.

Solicitor for the respondent: Mario Tremblay, Québec.

Allen Pelletier *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PELLETIER

N° du greffe: 25073.

1996: 31 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Identification — Vol qualifié — Déguisement dans un dessein criminel — Identification de l'accusé par un témoin — Aucune erreur manifeste ou déterminante de la part du juge du procès — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] A.Q. n° 1129 (QL), J.E. 96-162, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour vol qualifié et port de déguisement dans le but de commettre un acte criminel. Pourvoi rejeté.

Denis Richard, pour l'appelant.

Mario Tremblay, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous partageons l'avis et les propos des juges Brossard et Biron de la Cour d'appel et, par voie de conséquence, rejetons le pourvoi.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Richard Bouffard Diguer, Québec.

Procureur de l'intimée: Mario Tremblay, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clinton Sherry *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHERRY

File No.: 25081.

1996: November 1.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Fairness — Trial judge not prejudging or appearing to prejudice credibility of witness — Accused not prevented from making full answer and defence — Crown's cross-examination not exceeding permissible limits.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 26 O.R. (3d) 782, 45 C.R. (4th) 376, 103 C.C.C. (3d) 276, 87 O.A.C. 181, allowing the accused's appeal from his convictions on charges of dangerous driving, impaired driving and driving while disqualified and ordering a new trial. Appeal allowed.

M. David Lepofsky, for the appellant.

Paul Burstein, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clinton Sherry *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. SHERRY

N^o du greffe: 25081.

1996: 1^{er} novembre.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Procès — Équité — Le juge du procès n'a pas préjugé ni donné l'impression de préjuger de la crédibilité du témoin — L'accusé n'a pas été empêché de présenter une défense pleine et entière — Le contre-interrogatoire du ministère public n'a pas dépassé les limites du permissible.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 26 O.R. (3d) 782, 45 C.R. (4th) 376, 103 C.C.C. (3d) 276, 87 O.A.C. 181, qui a accueilli l'appel formé par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées contre lui relativement à des infractions de conduite dangereuse, de conduite avec les facultés affaiblies et de conduite durant une interdiction, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

M. David Lepofsky, pour l'appelante.

Paul Burstein, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Il est essentiel que le juge du procès veille à ce que le procès soit équitable et qu'il évite toute apparence d'iniquité.

En l'espèce, toutefois, pour les motifs de dissidence exposés par le juge Doherty, nous sommes d'accord avec ce dernier que le juge du procès n'a pas préjugé ni donné l'impression de préjuger de la

¹ SOPINKA J. — It is essential that the trial judge ensure that the trial is fair and an appearance of unfairness be avoided.

² In this case, however, for the reasons of Doherty J.A. dissenting, we agree with the appellant that the learned trial judge did not prejudice or appear to prejudice the credibility of the witness, Clause.

Moreover, the respondent was not impeded from making full answer and defence.

With respect to propriety of the cross-examination by counsel for the Crown, while it approached the limits of permissible cross-examination, it did not exceed them.

There is no merit in any of the respondent's alternative grounds.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the judgment at trial is restored.

Judgment accordingly.

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

Solicitor for the respondent: Burstein & Paine, Toronto.

crédibilité du témoin Clause. Qui plus est, l'intimé n'a pas été empêché de présenter une défense pleine et entière.

En ce qui concerne la question du caractère convenable du contre-interrogatoire mené par l'avocat du ministère public, même si le contre-interrogatoire a frôlé les limites du permissible à cet égard, il ne les a pas dépassées.

Aucun des autres motifs invoqués par l'intimé n'a de fondement.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la décision du juge du procès est rétablie.

Jugement en conséquence.

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

Procureur de l'intimé: Burstein & Paine, Toronto.

3

4

5

David Michael Howell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HOWELL

File No.: 25039.

1996: November 1.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Trial — Conspiracy to traffic in narcotics — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Trial judge not erring in refusing to allow accused to bring Charter application — Accused not denied right to make full answer and defence.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 146 N.S.R. (2d) 1, 422 A.P.R. 1, 103 C.C.C. (3d) 302, dismissing the accused's appeal from his conviction of conspiracy to traffic in narcotics. Appeal dismissed.

Jerome P. Kennedy, for the appellant.

Marian Fortune-Stone, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — This appeal is dismissed for the reasons of Mr. Justice Chipman.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Jerome P. Kennedy, St. John's.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

David Michael Howell *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HOWELL

N° du greffe: 25039.

1996: 1^{er} novembre.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Procès — Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants — Charte canadienne des droits et libertés — Le juge du procès n'a pas fait erreur en refusant de permettre à l'accusé de présenter une demande fondée sur la Charte — L'accusé ne s'est pas vu privé du droit à une défense pleine et entière.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 146 N.S.R. (2d) 1, 422 A.P.R. 1, 103 C.C.C. (3d) 302, qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à l'infraction de complot en vue de faire le trafic de stupéfiants. Pourvoi rejeté.

Jerome P. Kennedy, pour l'appelant.

Marian Fortune-Stone, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le pourvoi est rejeté pour les motifs exposés par le juge Chipman.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Jerome P. Kennedy, St. John's.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1996 Vol. 3

4^e cahier, 1996 Vol. 3

Cited as [1996] 3 S.C.R. 605-827

Renvoi [1996] 3 R.C.S. 605-827

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Adler v. Ontario..... 609

Constitutional law — Charter of Rights (freedom of religion (s. 2(a)) and equality rights (s. 15(1))) and Constitution Act, 1867 (education rights of Roman Catholics and Protestants in Ontario and Quebec respectively (s. 93)) — Education funding — Dissident religion-based schools — Secular and Roman Catholic schools receiving both funding and School Health Support Services for disabled students — Dissident religion-based schools receiving neither — Whether denial of funding to religion-based independent schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of funding to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion — If so,

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Adler c. Ontario..... 609

Droit constitutionnel — Charte des droits (liberté de religion (art. 2a)) et droits à l'égalité (art. 15(1)) et Loi constitutionnelle de 1867 (droits à l'éducation des catholiques romains et des protestants en Ontario et au Québec respectivement (art. 93)) — Financement de l'éducation — Écoles confessionnelles dissidentes — Écoles laïques et catholiques romaines recevant des fonds et des services de santé pour enfants d'âge scolaire destinés aux élèves handicapés — Écoles dissidentes ne recevant pas ce financement et ces services — Le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Le refus de financer les écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

whether justified under s. 1 — Whether denial of School Health Support Services to dissentient religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15(1), 27 — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2), (3), (4) — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 21(1)(a), (b), (2)(a), 70(1)(a), (b) — R.R.O. 1990, Reg. 552, ss. 13(1), 14(1), (2).

Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce 727

Bills of exchange — Cheques — Conversion — Defences — Companies' bookkeeper issuing series of fraudulent cheques payable to third parties and depositing them to her bank accounts — Bookkeeper forging payees' signature on certain cheques — Other cheques accepted by collecting bank without endorsement — Whether collecting bank liable to companies for conversion — Whether cheques payable to fictitious or non-existing person — Whether collecting bank holder in due course — Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, ss. 20(5), 165(3).

Hospitality Investments Ltd. v. Everett Lord Building Construction Ltd. 605

Torts — Negligence — Duty of care — Municipal liability — Municipality not enforcing building by-law — Building deficient — No duty of care owed.

R. v. Dawson 783

Criminal law — Child abduction in absence of custody order — Elements of offence — Whether accused parent can be convicted of child abduction under s. 283(1) of Criminal Code when child not in possession of deprived parent at time of offence — Meaning of "takes" and "possession" — Whether defence contained in s. 284 of Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 283(1), 284.

R. v. Paternak 607

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused should have been rewarned of right to counsel when there was a substantial change in his jeopardy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

SOMMAIRE (Fin)

premier? — Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 15(1), 27 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2), (3), (4) — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 21(1)a), b), (2)a), 70(1)a), b) — R.R.O. 1990, règl. 552, art. 13(1), 14(1), (2).

Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce 727

Lettres de change — Chèques — Détournement — Moyens de défense — Aide-comptable des compagnies émettant une série de chèques frauduleux payables à des tierces parties pour ensuite les déposer dans ses comptes bancaires — Aide-comptable contrefaisant la signature des preneurs sur certains chèques — Autres chèques acceptés sans endossement par la banque d'encaissement — La banque d'encaissement est-elle responsable de détournement envers les compagnies? — Les chèques étaient-ils payables à des personnes fictives ou qui n'existaient pas? — La banque d'encaissement était-elle un détenteur régulier? — Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4, art. 20(5), 165(3).

Hospitality Investments Ltd. c. Everett Lord Building Construction Ltd. 605

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité des municipalités — La municipalité ne fait pas respecter l'arrêté en matière de construction — Bâtiment défectueux — Aucune obligation de diligence n'était due.

R. c. Dawson 783

Droit criminel — Enlèvement d'enfant en l'absence d'ordonnance relative à la garde — Éléments de l'infraction — Le parent accusé peut-il être déclaré coupable d'enlèvement d'enfant en vertu de l'art. 283(1) du Code criminel lorsque l'enfant n'était pas en la possession du parent dépossédé au moment de l'infraction? — Sens des mots «takes» et «possession» — Le moyen de défense prévu à l'art. 284 du Code est-il applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 283(1), 284.

R. c. Paternak 607

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé aurait dû être informé à nouveau de son droit à un avocat lorsqu'il y a eu un changement important du risque qu'il courait — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

The Town of St. Andrews *Appellant*

v.

Hospitality Investments Ltd. *Respondent*

and

**The Union of British Columbia
Municipalities, the Municipal Insurance
Association of British Columbia and the
Federation of Canadian
Municipalities** *Intervenors*

INDEXED AS: HOSPITALITY INVESTMENTS LTD. v. EVERETT
LORD BUILDING CONSTRUCTION LTD.

File No.: 24830.

1996: November 8.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW
BRUNSWICK

*Torts — Negligence — Duty of care — Municipal li-
ability — Municipality not enforcing building by-law —
Building deficient — No duty of care owed.*

APPEAL from a judgment of the New Brun-
swick Court of Appeal (1995), 166 N.B.R. (2d)
241, 425 A.P.R. 241, 3 D.M.P.L. 175, allowing an
appeal from a judgment of Jones J. (1993), 143
N.B.R. (2d) 258, 366 A.P.R. 258, 2 D.M.P.L. 385.
Appeal allowed.

*Barry R. Morrison, Q.C., and Timothy M.
Hopkins, for the appellant.*

*Paulette C. Garnett, Q.C., and Rodney J. Gillis,
Q.C., for the respondent.*

*John R. Singleton and Kate McLean, for the
intervenors.*

La ville de Saint Andrews *Appelante*

c.

Hospitality Investments Ltd. *Intimée*

et

**L'Union of British Columbia Municipalities,
la Municipal Insurance Association of
British Columbia et la Fédération
canadienne des municipalités** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ: HOSPITALITY INVESTMENTS LTD. c. EVERETT
LORD BUILDING CONSTRUCTION LTD.

N° du greffe: 24830.

1996: 8 novembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Obliga-
tion de diligence — Responsabilité des municipalités —
La municipalité ne fait pas respecter l'arrêté en matière
de construction — Bâtiment défectueux — Aucune obli-
gation de diligence n'était due.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du
Nouveau-Brunswick (1995), 166 R.N.-B. (2^e) 241,
425 A.P.R. 241, 3 D.M.P.L. 175, qui a accueilli
l'appel formé contre un jugement du juge Jones
(1993), 143 R.N.-B. (2^e) 258, 366 A.P.R. 258, 2
D.M.P.L. 385. Pourvoi accueilli.

*Barry R. Morrison, c.r., et Timothy M. Hopkins,
pour l'appelante.*

*Paulette C. Garnett, c.r., et Rodney J. Gillis,
c.r., pour l'intimée.*

*John R. Singleton et Kate McLean, pour les
intervenantes.*

The judgment of the Court was delivered orally
by

1 LA FOREST J. — Despite your valiant efforts,
Ms. Garnett, we are all of the view that the appeal
should be allowed.

2 We agree with the trial judge that no duty of
care was owed to the respondent in the circum-
stances of this case. Accordingly, the appeal is
allowed, the judgment of the Court of Appeal
(1995), 166 N.B.R. (2d) 241, is reversed, and the
trial judgment (1993), 143 N.B.R. (2d) 258, is
restored, the whole with costs throughout.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Clark, Drummie &
Company, Saint John.*

*Solicitors for the respondent: Gilbert, McGloan,
Gillis, Saint John.*

*Solicitors for the interveners: Singleton,
Urquhart, Scott, Vancouver.*

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

LE JUGE LA FOREST — Malgré vos vaillants
efforts M^{me} Garnett, nous sommes tous d'avis que
le pourvoi devrait être accueilli.

Nous sommes d'accord avec le juge de première
instance qu'aucune obligation de diligence n'était
due à l'intimée dans les circonstances de l'espèce.
En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de
la Cour d'appel (1995), 166 R.N.-B. (2^e) 241, est
infirmé, la décision du juge de première instance
(1993), 143 R.N.-B. (2^e) 258, est rétablie, le tout
avec dépens devant toutes les cours.

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelante: Clark, Drummie &
Company, Saint John.*

*Procureurs de l'intimée: Gilbert, McGloan,
Gillis, Saint John.*

*Procureurs des intervenantes: Singleton,
Urquhart, Scott, Vancouver.*

Corey David Paternak *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PATERNAK

File No.: 24877.

1996: November 8.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused should have been rewarned of right to counsel when there was a substantial change in his jeopardy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 33 Alta. L. R. (3d) 71, 174 A.R. 129, 102 W.A.C. 129, 101 C.C.C. (3d) 452, 42 C.R. (4th) 292, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of manslaughter and ordering a new trial. Appeal allowed.

Anil K. Kapoor, for the appellant.

Jack Watson, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We are of the opinion that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated in that the appellant should have been rewarned concerning his right to counsel when there was a substantial change in his jeopardy. This occurred when the police officer concluded that the appel-

Corey David Paternak *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PATERNAK

N° du greffe: 24877.

1996: 8 novembre.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé aurait dû être informé à nouveau de son droit à un avocat lorsqu'il y a eu un changement important du risque qu'il courait — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 33 Alta. L. R. (3d) 71, 174 A.R. 129, 102 W.A.C. 129, 101 C.C.C. (3d) 452, 42 C.R. (4th) 292, qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Anil K. Kapoor, pour l'appellant.

Jack Watson, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes d'avis qu'il y a eu violation des droits garantis à l'appellant par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car ce dernier aurait dû être mis en garde à nouveau relativement à son droit à un avocat quand il y a eu un changement important du risque qu'il courait. Ce changement est survenu lorsque

lant had committed the offence and advised the appellant accordingly.

l'agent de police a conclu que l'appelant avait commis l'infraction et a avisé ce dernier en conséquence.

² The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the acquittal is restored.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et l'acquittement est rétabli.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Anil K. Kapoor, Toronto.

Procureur de l'appelant: Anil K. Kapoor, Toronto.

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

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

**Susie Adler, Mark Grossman, Paula
Kezwer, Marcy Rapp and Riky
Young** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Ontario, the Minister of Education and the
Minister of Health** *Respondents*

and between

**Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond
Dostal, Harry Fernhout and the Ontario
Alliance of Christian School
Societies** *Appellants*

v.

**The Attorney General for Ontario, the
Minister of Education and the Minister of
Health** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec, the
Attorney General for Saskatchewan, the
Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in
Education, the Ontario Federation of
Independent Schools, the Metropolitan
Toronto School Board and the Ontario
Public School Boards' Association and the
Canadian Civil Liberties
Association** *Intervenors*

INDEXED AS: ADLER v. ONTARIO

File No.: 24347.

1996: January 23, 24; 1996: November 21.

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

**Susie Adler, Mark Grossman, Paula
Kezwer, Marcy Rapp et Riky
Young** *Appelants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario, le
ministre de l'Éducation et le ministre de la
Santé** *Intimés*

et entre

**Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond
Dostal, Harry Fernhout et Ontario Alliance
of Christian School Societies** *Appelants*

c.

**Le procureur général de l'Ontario, le
ministre de l'Éducation et le ministre de la
Santé** *Intimés*

et

**Le procureur général du Québec, le
procureur général de la Saskatchewan,
Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in
Education, Ontario Federation of
Independent Schools, le Conseil scolaire de
la communauté urbaine de Toronto et
l'Association des conseils scolaires publics de
l'Ontario et l'Association canadienne des
libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ADLER c. ONTARIO

N° du greffe: 24347.

1996: 23, 24 janvier; 1996: 21 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights (freedom of religion (s. 2(a)) and equality rights (s. 15(1))) and Constitution Act, 1867 (education rights of Roman Catholics and Protestants in Ontario and Quebec respectively (s. 93)) — Education funding — Dissident religion-based schools — Secular and Roman Catholic schools receiving both funding and School Health Support Services for disabled students — Dissident religion-based schools receiving neither — Whether denial of funding to religion-based independent schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of funding to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15(1), 27 — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2), (3), (4) — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 21(1)(a), (b), (2)(a), 70(1)(a), (b) — R.R.O. 1990, Reg. 552, ss. 13(1), 14(1), (2).

The appellants, by reason of religious or conscientious beliefs, send their children to private religious schools. The “Adler appellants” sought a declaration that non-funding of Jewish schools in Ontario was unconstitutional. The “Elgersma appellants” sought, among other relief, a declaration that the non-funding of independent Christian schools infringed their *Charter* rights. Both applications included claims with respect to the School Health Support Services Program (“SHSSP”) which provides health support services at school to students. The trial judge found that the appellants’ religious and equality rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were infringed but that the legislation was justified under s. 1. The Court of Appeal found that s. 2(a) of the *Charter* did not provide a positive entitlement to state support for the exercise of

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

Droit constitutionnel — Charte des droits (liberté de religion (art. 2a)) et droits à l’égalité (art. 15(1))) et Loi constitutionnelle de 1867 (droits à l’éducation des catholiques romains et des protestants en Ontario et au Québec respectivement (art. 93)) — Financement de l’éducation — Écoles confessionnelles dissidentes — Écoles laïques et catholiques romaines recevant des fonds et des services de santé pour enfants d’âge scolaire destinés aux élèves handicapés — Écoles dissidentes ne recevant pas ce financement et ces services — Le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l’art. 2a) de la Charte? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l’article premier? — Le refus de financer les écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la Charte? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l’article premier? — Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d’âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l’art. 2a) de la Charte? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l’article premier? — Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d’âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la Charte? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l’article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 15(1), 27 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2), (3), (4) — Loi sur l’éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 21(1)a), b), (2)a), 70(1)a), b) — R.R.O. 1990, règl. 552, art. 13(1), 14(1), (2).

Pour des raisons de conscience ou de croyances religieuses, les appelants envoient leurs enfants à l’école confessionnelle privée. Les appelants du groupe Adler ont demandé un jugement déclarant que l’omission de financer les écoles juives en Ontario était inconstitutionnelle. Les appelants du groupe Elgersma ont demandé un jugement déclarant que l’omission de financer les écoles chrétiennes indépendantes portait atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Les demandes des deux groupes comportaient des revendications concernant le programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire, qui prévoit la prestation de ces services à l’école. Le juge de première instance a conclu qu’il y avait eu atteinte à la liberté de religion et aux droits à l’égalité garantis aux appelants par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que la loi en cause

one's religious practice and that any infringement was justified under s. 1. The majority found that there was not sufficient factual foundation with respect to the School Health Support Services Program.

The constitutional questions before this Court queried: (1) whether the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, together with the annual general legislative grants, infringe or deny the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* or their s. 15(1) equality rights by not providing funding to dissentient religion-based schools, and if so, is this non-funding justified under s. 1, and (2), whether s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, which prescribed school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a dissentient religion-based school, infringes or denies the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* or their s. 15(1) equality rights by not providing these services to dissentient religion-based independent schools, and if so, was this withholding of services justified under s. 1.

Held (McLachlin J. dissenting in part and L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Funded Education

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Section 93 of the *Constitution Act, 1867* is the product of a historical compromise crucial to Confederation and forms a comprehensive code with respect to denominational school rights which cannot be enlarged through the operation of s. 2(a) of the *Charter*. It does not represent a guarantee of fundamental freedoms. The appellants, given that they cannot bring themselves within the terms of s. 93's guarantees, have no claim to public funding for their schools. To decide otherwise by accepting the appellants' claim that s. 2(a) requires public funding of their dissentient religion-

était justifiée au sens de l'article premier. La Cour d'appel a statué que l'al. 2a) de la *Charte* ne conférait pas un droit positif à ce que l'État soutienne la pratique religieuse d'une personne et que toute violation était justifiée au sens de l'article premier. La cour à la majorité a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de faits relativement au programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire.

Notre Cour était appelée à répondre aux questions constitutionnelles suivantes: (1) Les définitions des termes «conseil» et «école» au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, de même que les subventions générales annuelles accordées, portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte* ou aux droits à l'égalité qui leur sont garantis par le par. 15(1), en ne prévoyant pas le financement des écoles confessionnelles dissidentes, et, dans l'affirmative, cette omission de financer est-elle justifiée au sens de l'article premier? Et (2), l'art. 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, qui prescrit, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante, porte-t-il atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte* ou aux droits à l'égalité qui leur sont garantis par le par. 15(1), du fait qu'il ne prévoit pas la prestation de ces services aux écoles confessionnelles indépendantes dissidentes, et, dans l'affirmative, ce refus de dispenser des services est-il justifié au sens de l'article premier?

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente en partie et le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le financement de l'éducation

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est le fruit d'un compromis historique décisif quant à la Confédération et il établit, en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles, un code complet dont la portée ne saurait être élargie par l'application de l'al. 2a) de la *Charte*. Il ne constitue pas une garantie de libertés fondamentales. Vu qu'ils ne peuvent pas s'assujettir aux conditions des garanties de l'art. 93, les appelants n'ont pas le droit de réclamer le financement public de leurs écoles. Statuer autrement en faisant droit à la prétention des appelants

based schools would be to hold one section of the Constitution violative of another.

Section 93(1) requires the Ontario government to fund Roman Catholic separate schools fully. The claim that the government's choice to fund Roman Catholic separate schools but not other religious schools contravened the equality provisions of s. 15(1) of the *Charter* should be rejected for two reasons. First, the decision falls "fairly and squarely" within s. 29 of the *Charter* which explicitly exempts from *Charter* challenge all rights and privileges "guaranteed" under the Constitution in respect of denominational, separate or dissentient schools. Second, the decision is nonetheless "immune" from *Charter* review because it was made pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. One part of the Constitution cannot be used to interfere with rights protected by a different part of that same document.

Public schools are contemplated by the terms of s. 93, as it applies to Ontario. In order to claim the protection of s. 93, it must be shown that there was a right or privilege with respect to denominational schooling which was enjoyed by a class of persons by law at the time of union. This section raised denominational school rights and privileges, which were created by ordinary pre-Confederation legislation and which were equated by that legislation with those of the public schools, to the status of constitutional norms. The result is that public schools are part and parcel of s. 93's comprehensive code. Accordingly, public schools are impliedly but nonetheless clearly within the terms of the regime set up by s. 93 and, consequently, receive a protection against constitutional or *Charter* attack. This protection exists despite the fact that public school rights are not themselves constitutionally entrenched. It is the province's plenary power to legislate with regard to public schools which are open to all members of society without distinction that is constitutionally entrenched.

The province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit, subject to the restrictions relating to separate schools imposed by s. 93(1). The province's legislative power is not limited to the public and Roman Catholic school systems. However, legislation in respect of education

que l'al. 2a) requiert le financement public de leurs écoles confessionnelles dissidentes reviendrait à conclure qu'un article de la Constitution en viole un autre.

Le paragraphe 93(1) exige que le gouvernement de l'Ontario finance les écoles catholiques romaines séparées. Il y a lieu de rejeter, pour deux raisons, l'allégation selon laquelle le choix du gouvernement de financer les écoles catholiques romaines séparées, mais pas les autres écoles confessionnelles, contrevient aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Premièrement, la décision est «nettement» visée par le texte de l'art. 29 de la *Charte* qui soustrait explicitement à toute contestation fondée sur la *Charte* tous les droits et privilèges «garantis» en vertu de la Constitution relativement aux écoles séparées et aux autres écoles confessionnelles. Deuxièmement, la décision échappe néanmoins à tout examen fondé sur la *Charte* du fait qu'elle a été prise conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation accordé aux assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis confédéral. On ne saurait se servir d'une partie de la Constitution pour empiéter sur des droits protégés par une autre partie du même document.

Les écoles publiques sont prévues par le texte de l'art. 93, tel qu'il s'applique à l'Ontario. Pour revendiquer la protection de l'art. 93, il faut démontrer qu'une catégorie de personnes jouissait, en vertu de la loi, lors de l'Union, d'un droit ou d'un privilège relativement aux écoles confessionnelles. Cette disposition élève au rang de normes constitutionnelles les droits et les privilèges relatifs aux écoles confessionnelles, qui avaient été créés par des lois ordinaires avant la Confédération et qui étaient assimilés, par ces lois, aux droits et privilèges relatifs aux écoles publiques. Il en résulte que les écoles publiques font partie intégrante du code complet de l'art. 93. Par conséquent, les écoles publiques sont implicitement mais néanmoins clairement visées par le régime établi à l'art. 93 et sont donc protégées contre toute contestation fondée sur la Constitution ou la *Charte*. Cette protection existe même si les droits relatifs aux écoles publiques ne sont pas eux-mêmes constitutionnalisés. C'est le pouvoir absolu de la province de légiférer relativement aux écoles publiques, qui sont accessibles à tous les membres de la société, sans distinction, qui est constitutionnalisés.

La province demeure libre d'exercer, comme elle l'entend, son pouvoir absolu en matière d'éducation, sous réserve des restrictions relatives aux écoles séparées imposées par le par. 93(1). Le pouvoir législatif de la province n'est pas limité aux régimes d'écoles publiques et d'écoles catholiques romaines. Cependant,

could be subject to *Charter* scrutiny whenever the government decides to go beyond the confines of this special mandate to fund Roman Catholic separate schools and public schools.

Per Sopinka and Major JJ.: Nothing in s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867* restricts extending funding to others. This provision specifically contemplates the exercise of the plenary power to create a "System of Separate or Dissident Schools" where one does not exist. Neither the legislation funding public schools nor legislation extending funding to the appellants' schools would be within the terms of s. 93(3). It would not affect any right or privilege of the Protestant or Roman Catholic minority and it would not establish a system of separate or dissident schools.

When the province exercises its plenary power outside of the areas specified in s. 93(1) and (3), any distinctions violating the *Charter* are not "expressly permitted" or even contemplated. Legislation in such cases is no different from legislation under any of the heads of s. 92. Giving effect to the *Charter* will not invalidate any power conferred by s. 93.

Certain rights and privileges of the Protestant majoritarian schools do not *ipso facto* receive constitutional protection because they are relevant in identifying the rights and privileges of Roman Catholic schools. The rights and privileges of public schools are merely the benchmarks for ascertaining the rights and privileges of separate schools. Certain provisions of pre-Confederation statutes gave separate schools the same rights as enjoyed by public schools. While the terms of those statutes are relevant to ascertain what these rights and privileges are, the statutes themselves are not given constitutional status. Only the rights and privileges of separate schools are given constitutional protection.

Legislation under the plenary power relating to funding for secular schools is not insulated from *Charter* attack. In this regard such legislation is no different in character than legislation passed under any of the powers in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The exercise of the plenary power in relation to the matters specifically authorized by s. 93(3), however, is immune. Section 93(3) specifically authorizes distinctions to be made that would otherwise contravene the *Charter*. The

une loi relative à l'éducation pourrait être assujettie à un examen fondé sur la *Charte* chaque fois que le gouvernement décide d'aller au-delà de son mandat de financer les écoles catholiques romaines séparées et les écoles publiques.

Les juges Sopinka et Major: Rien dans le par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne restreint le financement d'autres écoles. Il prévoit explicitement l'exercice du pouvoir absolu pour établir un «système d'écoles séparées ou dissidentes» là où il n'en existe pas. Ni la loi sur le financement des écoles publiques ni une loi prescrivant le financement des écoles des appelants ne seraient visées par le par. 93(3). Une telle loi ne porterait pas atteinte à un droit ou à un privilège de la minorité protestante ou catholique romaine et elle n'établirait pas un système d'écoles séparées ou dissidentes.

Lorsque la province exerce son pouvoir absolu en dehors des domaines mentionnés aux par. 93(1) et (3), une distinction qui viole la *Charte* n'est pas «expressément autorisée» ni même prévue. Dans ces cas, la situation de la loi en cause n'est pas différente de celle d'une loi adoptée en vertu de l'un ou l'autre des chefs de compétence énumérés à l'art. 92. Appliquer la *Charte* n'invalidera aucun pouvoir conféré par l'art. 93.

Parce qu'ils sont pertinents pour déterminer les droits et privilèges des écoles catholiques romaines, certains droits et privilèges des écoles protestantes de la majorité ne bénéficient pas, par le fait même, de la protection de la Constitution. Les droits et privilèges des écoles publiques ne constituent que des points de repère pour déterminer les droits et privilèges des écoles séparées. Certaines dispositions des lois en vigueur avant la Confédération conféraient aux écoles séparées les mêmes droits que ceux dont jouissaient les écoles publiques. Bien que le texte de ces lois soit pertinent pour déterminer quels étaient ces droits et privilèges, ces lois elles-mêmes n'ont pas un statut constitutionnel. Seuls les droits et privilèges des écoles séparées étaient protégés par la Constitution.

Une loi sur le financement d'écoles laïques, adoptée en vertu du pouvoir absolu, n'échappe pas à une contestation fondée sur la *Charte*. À cet égard, la nature d'une telle loi n'est pas différente de celle d'une loi adoptée en vertu de l'un ou l'autre pouvoir énuméré à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l'exercice du pouvoir absolu, relativement aux questions explicitement autorisées par le par. 93(3), est à l'abri d'une telle contestation. Le paragraphe 93(3) permet explicitement d'établir des distinctions qui contreviendraient par ailleurs à la *Charte*. La nature du pouvoir absolu lui-même

plenary power itself was no different in character than any of the powers in s. 92.

Some overlap exists between the claims based on s. 2(a) and s. 15 of the *Charter*. Neither section is infringed even if the non-funding of private religious schools imposes an economic disadvantage in relation to parents who send their children to secular public school. Nothing in the *Education Act* relating to mandatory education *per se* involves a breach of appellants' rights under s. 2(a) of the *Charter*. The Act allows for the provision of education within a religious school or at home and does not compel the appellants to act in any way that infringes their freedom of religion.

The distinction made between the Roman Catholic schools and other religious schools is constitutionally mandated and cannot be the subject of a *Charter* attack. The legislation is not the source of any distinction amongst all the groups whose exercise of their religious freedom involves an economic cost. Any disadvantage flows exclusively from their religious tenets. Failure to act in order to facilitate the practice of religion cannot be considered state interference with freedom of religion. Not providing funding for private religious education does not infringe the freedom to educate children in accordance with religious beliefs where there is no restriction on religious schooling. Moreover, the cost of sending their children to private religious schools is a natural cost of the appellants' religion and does not, therefore, constitute an infringement of their freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter*.

The distinction in the *Education Act* between public and private school funding does not meet the threshold stage of the s. 15 inquiry. The Act, as well, does not give rise to adverse effect discrimination. No distinction is made between the appellants and other groups on the basis of a particular characteristic common to the appellants. That the appellants feel compelled to send their children to private school because of a personal characteristic (religion) with the effect that they are unable to benefit from publicly funded schooling is not an effect arising from the statute.

If the distinctions relied on by the appellants do not arise as a result of the legislation, no governmental action is involved to which s. 15 can attach. No govern-

n'était pas différente de celle de l'un ou l'autre pouvoir énuméré à l'art. 92.

Il existe un chevauchement entre les revendications fondées sur l'al. 2a) et celles fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. Il n'y a atteinte à ni l'une ni l'autre de ces dispositions même si le non-financement des écoles confessionnelles privées crée un désavantage économique par rapport aux parents qui envoient leurs enfants à l'école laïque publique. La *Loi sur l'éducation* ne renferme rien sur l'instruction obligatoire qui comporte, en soi, une violation des droits garantis aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte*. La Loi permet la prestation de l'enseignement dans une école confessionnelle ou à la maison, et elle ne force pas les appelants à agir d'une façon qui contrevient à leur liberté de religion.

La distinction entre les écoles catholiques romaines et les autres écoles confessionnelles est prescrite par la Constitution et ne peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. La loi en cause n'est la source d'aucune distinction entre les groupes dont l'exercice de la liberté religieuse comporte un coût économique. Tout désavantage qu'ils subissent découle exclusivement de leurs principes religieux. L'omission d'agir pour faciliter la pratique de la religion ne saurait être considérée comme une ingérence de l'État dans la liberté de religion. Le non-financement de l'enseignement religieux privé ne constitue pas une atteinte à la liberté d'éduquer les enfants en conformité avec des croyances religieuses lorsqu'il n'existe pas de restriction à l'enseignement religieux. De plus, ce qu'il en coûte aux appelants pour envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles privées est un coût qui découle naturellement de leur religion et qui ne saurait donc constituer une atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*.

La distinction établie dans la *Loi sur l'éducation* entre les écoles publiques et les écoles privées quant au financement ne satisfait pas à l'étape préliminaire de l'examen fondé sur l'art. 15. De même, la Loi n'engendre pas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Aucune distinction fondée sur une caractéristique particulière commune aux appelants n'est établie entre les appelants et d'autres groupes. Le sentiment que les appelants ont d'être obligés d'envoyer leurs enfants à l'école privée en raison d'une caractéristique personnelle (leur religion) et l'incapacité dans laquelle ils se voient de bénéficier de l'enseignement financé par l'État ne constituent pas un effet découlant de la Loi.

Si les distinctions invoquées par les appelants ne résultent pas de la loi en cause, il n'existe aucune mesure gouvernementale à laquelle peut s'appliquer

ment action compelled the appellants to send their children to private, religious-based independent schools. They were free to send their children to secular public schools maintained at public expense. Their decision not to do so was solely a response to their religious beliefs and not a result of any government action.

The threshold stage of a s. 15 inquiry is not met and there is no distinction to consider in the second stage, namely as to whether or not discrimination results from such a distinction. No distinction based on personal characteristics was shown to be drawn by the *Education Act* (either directly or indirectly) between the appellants and others. Not being able to take advantage of the public school system does not result from the *Education Act* but rather from the combination of the appellants' religious beliefs and the imperatives of the *Charter* as they apply to the exercise of the province's plenary power over education.

Even if the appellants had succeeded in showing that the legislation created a distinction, they would not have succeeded in demonstrating that this distinction amounts to discrimination on the basis of religion. The only ground of distinction in this case is between "public" institutions, which are funded by the government, and "private/independent" institutions, which do not receive funding from the government. No private schools receive funding whether they are religious or secular. No religion is given preferential treatment within the system. The distinction between "private" and "public" institutions is neither an enumerated nor an analogous ground in s. 15 of the *Charter*.

Per McLachlin J. (dissenting in part): Section 93 of the *Constitution Act, 1867* is not a code ousting the operation of the *Charter* and was not intended to do more than guarantee school support for the Roman Catholic or Protestant minorities in Ontario and Quebec respectively. Provinces exercising their plenary powers to provide education services must, subject to this restriction, comply with the *Charter*.

The s. 2(a) *Charter* guarantee of freedom of religion was not infringed. The requirement of mandatory education does not conflict with the constitutional right of parents to educate their children as their religion dictates. The *Education Act* does not require children to attend either secular or Roman Catholic schools. Indeed, s. 21 excuses children from school attendance if they are receiving satisfactory instruction elsewhere. In deter-

l'art. 15. Aucune mesure gouvernementale n'obligeait les appelants à envoyer leurs enfants à l'école confessionnelle indépendante privée. Il leur était loisible de les envoyer à l'école laïque publique, financée par l'État. S'ils ne l'ont pas fait, c'est seulement en raison de leurs croyances religieuses et non à cause d'une mesure gouvernementale.

L'étape préliminaire d'un examen fondé sur l'art. 15 n'est pas respectée et il n'y a pas de distinction à examiner à la deuxième étape, à savoir si une discrimination résulte d'une telle distinction. On n'a pas démontré que la *Loi sur l'éducation* établit directement ou indirectement, entre les appelants et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. L'incapacité de tirer avantage du régime d'écoles publiques résulte non pas de la *Loi sur l'éducation* elle-même, mais plutôt de la combinaison des croyances religieuses des appelants et des impératifs de la *Charte* qui s'appliquent à l'exercice du pouvoir absolu de la province en matière d'éducation.

Même si les appelants avaient réussi à démontrer que la loi en cause créait une distinction, ils n'auraient pas réussi à démontrer que cette distinction constitue de la discrimination fondée sur la religion. La seule distinction qui est établie, en l'espèce, est entre les établissements «publics» financés par le gouvernement, et les établissements «privés-indépendants» qui ne le sont pas. Aucune école privée ne bénéficie d'un financement qu'elle soit confessionnelle ou laïque. Aucune religion ne jouit d'un traitement préférentiel à l'intérieur du système. La distinction entre les établissements «publics» et «privés» ne constitue ni un motif énuméré ni un motif analogue aux fins de l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge McLachlin (dissidente en partie): L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'établit pas un code qui écarte l'application de la *Charte* et ne visait pas à faire plus que garantir un appui aux écoles des minorités catholiques romaines ou protestantes en Ontario et au Québec respectivement. Les provinces qui exercent leur pouvoir absolu de fournir des services d'enseignement doivent, sous réserve de cette restriction, se conformer à la *Charte*.

Il n'y a pas eu d'atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. L'exigence d'éducation obligatoire n'est pas incompatible avec le droit constitutionnel des parents de faire instruire leurs enfants conformément aux préceptes de leur religion. La *Loi sur l'éducation* n'exige pas que les enfants fréquentent soit une école laïque soit une école catholique romaine. En fait, l'art. 21 dispense de fréquenter l'école les enfants

mining the content of the guarantees contained in the *Charter*, the courts must look to the history of the values it enshrines. That history provides no support for extending the guarantee of freedom of religion to the provision of equal funding for religious practices, like religious education. Freedom of religion does not entitle one to state support for one's religion.

The argument that the s. 15 equality provisions of the *Charter* was infringed by the unequal funding provided Roman Catholic schools was untenable given the special constitutional bargain protecting funding for Roman Catholic schools in Ontario at the time of Confederation. Section 15 was nevertheless infringed because of the unequal funding *vis-à-vis* funded secular schools. Although the public school system is neutral on its face, the funding system nevertheless results in adverse effect discrimination in that it has the effect of denying a benefit to those whose religions do not permit their adherents to send their children to public secular schools. This adverse effect discrimination is caused by the *Education Act* and not by the appellants' religion. The law proceeds from the premise that the individual is entitled to equal treatment in spite of those differences. The state cannot "blame" the person discriminated against for being of the status or for having chosen the status which leads to the denial of benefit.

The encouragement of a more tolerant harmonious multicultural society constitutes a pressing and substantial objective capable, provided its effect is duly proportionate, of justifying the infringement of s. 15. The public school system represents the most promising potential for realizing a more fully tolerant society. The legislative scheme promotes the objective sought. The denial of funding to separate schools is rationally connected to the goal of a more tolerant society. It is impossible to say whether a less intrusive measure, such as partial funding for private religious schools, might achieve the same objective with less infringement of the guarantee of freedom of religion. Given the deference accorded the legislature on social issues, the minimal impairment test is met. The effect of denying funding to independent religious schools was proportionate to the objective sought.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The only school support guaranteed by s. 93 of the *Constitution Act, 1867* is that required of Ontario and Quebec to their

qui reçoivent un enseignement satisfaisant ailleurs. En déterminant le contenu des garanties de la *Charte*, les tribunaux doivent examiner l'historique des valeurs qui y sont consacrées. Cet historique ne justifie pas d'étendre la garantie de liberté religieuse à un financement égal de pratiques religieuses comme l'enseignement religieux. La liberté de religion ne confère pas à quelqu'un le droit au soutien de l'État en ce qui concerne sa religion.

L'argument que les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte* sont violés par le financement inégal fourni aux écoles catholiques romaines est insoutenable vu l'entente constitutionnelle particulière qui protégeait le financement des écoles catholiques romaines en Ontario à l'époque de la Confédération. Il y a néanmoins eu violation de l'art. 15 en raison du financement inégal par rapport à celui dont bénéficient les écoles laïques financées. Même si le régime des écoles publiques est apparemment neutre, le régime de financement engendre une discrimination par suite d'un effet préjudiciable étant donné qu'il a pour effet de refuser un avantage aux personnes dont la religion ne leur permet pas d'envoyer leurs enfants à l'école laïque publique. Cette discrimination par suite d'un effet préjudiciable résulte de l'application de la *Loi sur l'éducation*, et non de la religion des appelants. La loi part de la prémisse que la personne a droit au même traitement, malgré ces différences. L'État ne saurait «reprocher» à la victime de discrimination de se trouver dans la situation à l'origine de la négation de l'avantage en cause, ni d'avoir choisi cette situation.

Encourager l'établissement d'une société multiculturelle harmonieuse plus tolérante constitue un objectif urgent et réel susceptible de justifier la violation de l'art. 15, pourvu que l'effet de cet objectif soit bien proportionné. Le régime des écoles publiques offre les chances les plus prometteuses d'établir une société plus tolérante. Le régime législatif favorise la réalisation de l'objectif recherché. Le refus de financer des écoles séparées a un lien rationnel avec l'objectif de société plus tolérante. Il est impossible de dire si une mesure moins envahissante, comme un financement partiel des écoles confessionnelles privées, permettrait d'atteindre le même objectif avec une atteinte moins grande à la garantie de liberté de religion. Vu la retenue avec laquelle les tribunaux abordent les questions sociales, le critère de l'atteinte minimale est respecté. L'effet du refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes est proportionné à l'objectif recherché.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La seule forme de financement scolaire garantie par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle qui exige des pro-

respective Roman Catholic and Protestant minorities. Provinces exercising their plenary powers to provide education must, subject to this requirement, comply with the *Charter*.

The failure to fund the independent religious schools does not constitute a limit on the guarantee of freedom of religion. Given the exemption from public education included in its s. 21, the *Education Act* does not compel the appellants to violate the tenets of their religion with respect to education. The denial of a benefit on the basis of the appellants' religion is more appropriately addressed under s. 15 of the *Charter*.

An individual, to make out a violation of his or her rights under s. 15(1) of the *Charter*, must demonstrate: (1) a legislative distinction; (2) that this distinction results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) that this distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15. The examination of whether the distinction is discriminatory should be undertaken from a subjective-objective approach, i.e., from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member. In determining whether discrimination has occurred, it is necessary to reconstruct the context in which the distinction arises. Two categories of factors prove particularly instructive: (1) the nature of the group adversely affected by the distinction and (2) the nature of the interest adversely affected by the distinction. This approach is primarily effects-oriented in its contextual determination of the impact of the legislation in question on a particular group. Inherent in this model is a recognition of the importance of adverse impact discrimination in present-day society.

The legislature creates a distinction between the appellants and others who are able to access publicly funded education in the surrounding social context. As found at trial, remaining a member of the particular religious communities in question and acting in accordance with the tenets of these faiths required that the children be educated in a manner consistent with the faith and therefore outside of the public or Roman Catholic schools. Control over the education of their children was essential to the continuation of the religious communities in question. This distinction results in the denial of the claimants' s. 15 right to equal benefit of the

vinces d'Ontario et de Québec qu'elles financent les écoles de leurs minorités catholiques romaines et protestantes respectives. Les provinces qui exercent leurs pouvoirs absolus en matière d'éducation doivent, sous réserve de cette exigence, se conformer à la *Charte*.

Le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes ne constitue pas une atteinte à la garantie de liberté de religion. Comme la *Loi sur l'éducation*, en vertu de l'exemption prévue à son art. 21, dispense de la fréquentation des écoles publiques, elle ne contraint pas les appelants à violer les préceptes de leur religion en matière d'éducation. Il est plus approprié d'examiner, sous l'angle de l'art. 15 de la *Charte*, le refus d'accorder un bénéfice fondé sur la religion des appelants.

Pour établir que les droits qui lui sont garantis par le par. 15(1) de la *Charte* ont été violés, un particulier doit démontrer (1) que la loi crée une distinction, (2) que cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) que cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15. L'examen de la question de savoir si la distinction est discriminatoire devrait être effectué suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit. Pour déterminer s'il y a eu discrimination, il est nécessaire de reconstituer le contexte dans lequel se présente la distinction. Deux catégories de facteurs sont tout particulièrement instructifs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. Cette démarche est principalement axée sur les effets lorsqu'elle examine dans son contexte l'incidence de la loi en question sur un groupe particulier. Ce modèle reconnaît en soi l'importance de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable à l'intérieur de notre société moderne.

Le législateur crée une distinction entre les appelants et d'autres personnes qui peuvent avoir accès au régime d'enseignement public dans le contexte social en cause. Comme l'a conclu le juge de première instance, pour continuer de faire partie des communautés religieuses particulières en cause et pour se conformer aux préceptes de leur foi, les enfants devaient être instruits d'une manière compatible avec leur foi et, par conséquent, en dehors du régime d'écoles publiques ou catholiques romaines. Le contrôle sur l'éducation des enfants est essentiel à la survie des communautés religieuses en question. Cette distinction entraîne une négation du

law on the basis of their membership in an identifiable group.

State action which discriminates on the basis of religion cannot be excused on the grounds that religion is a choice and that the individuals may choose to avoid the negative impact which arises from the state's response to their religious identity. Discrimination on the basis of religion would become an empty concept.

The degree of choice which a person may be expected to have in identifying with a particular group, while relevant to a determination of discrimination, must be assessed from the subjective-objective perspective. In this case the appellants would see themselves as not having a choice.

Section 2(a) of the *Charter* is primarily concerned with the necessary limits to be placed on the state in its potentially coercive interference with the original, objectively perceived religious "choice" that individuals make. Section 15 ensures that consequences in behaviour and belief, which flow from this initial choice and are not perceived by the rights claimant as optional, are not impacted upon by state action in such a way as to attack the inherent dignity and consideration due all human persons. The protections afforded in s. 15 may thus be of greater scope than those in s. 2(a).

Accommodation as understood in human rights law is applicable to the rights enumerated in s. 15 of the *Charter*. The exemption for religious parents contained in s. 21 of the *Education Act* does not constitute the accommodation necessary under s. 15 to ensure equal access in real terms. Rather, it addresses the potential coercive aspect of mandatory secular education alone, and thus allows the impugned legislation to meet the requirements of s. 2(a). In a case of unequal benefit, accommodation will mean taking the steps necessary to ensure access of these parents without discrimination. Given the complete denial of this benefit to those who cannot access it for religious reasons, the equal benefit of a publicly funded education has been denied the appellants on the basis of a distinction which relates to their membership in an identifiable group.

This distinction is capable of promoting or perpetuating a view that the appellants are, by virtue of their religious beliefs, less capable or worthy of recognition

droit au même bénéfice de la loi garanti par l'art. 15, qui est fondée sur l'appartenance des personnes invoquant ce droit à un groupe identifiable.

Une mesure de l'État qui crée de la discrimination fondée sur la religion ne saurait être excusée pour le motif que la religion est une question de choix et qu'une personne peut décider d'éviter les répercussions négatives qui découlent de la réaction de l'État à son identité religieuse. La discrimination fondée sur la religion deviendrait un concept dénué de sens.

Même s'il est pertinent pour déterminer l'existence de discrimination, le degré de choix qu'une personne pourrait avoir pour s'identifier à un groupe particulier doit être évalué suivant la norme subjective-objective. En l'espèce, les appelants considéreraient qu'ils n'ont pas le choix.

L'alinéa 2a) de la *Charte* s'intéresse avant tout aux restrictions qu'il faut apporter à une possibilité d'ingérence coercitive de l'État dans le «choix» initial objectif qu'une personne fait de sa religion. L'article 15 garantit que les conséquences sur le plan du comportement et de la foi — liées à ce choix initial et non considérées comme facultatives par celui qui invoque les droits — ne seront pas touchées par des mesures prises par l'État d'une façon qui porte atteinte à la dignité et à la considération inhérentes dont il faut faire preuve envers tout être humain. En conséquence, les mécanismes de protection prévus à l'art. 15 peuvent être d'une plus grande étendue que ceux visés à l'al. 2a).

L'accommodement en matière de droits de la personne s'applique aux droits énumérés à l'art. 15 de la *Charte*. La dispense que l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation* offre aux parents appartenant à une religion particulière ne constitue pas l'accommodement nécessaire, en vertu de l'art. 15, pour garantir réellement un accès égal. Il répond plutôt uniquement à l'aspect coercitif potentiel de l'enseignement laïque obligatoire et permet en conséquence à la loi attaquée de satisfaire aux exigences de l'al. 2a). Dans un cas d'inégalité de bénéfice, l'accommodement emporte l'établissement des mesures qui permettront aux parents en cause de bénéficier d'un accès non discriminatoire à l'éducation. Puisqu'il y a négation complète du bénéfice, en ce qui concerne les personnes privées de ce bénéfice pour des motifs religieux, le même bénéfice de l'éducation financée par des fonds publics a été refusé aux appelants pour un motif fondé sur leur appartenance à un groupe identifiable.

Cette distinction est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les appelants sont, en raison de leurs croyances religieuses, moins capables

or value as human beings or members of Canadian society equally deserving of concern, respect, and consideration. Consideration must be given to both the nature of the group affected and the nature of the interest. Dissident minority religious groups have suffered severely from the historic disadvantage which has adhered to religious identity. They are necessarily discrete and insular minorities given the forces of secularization in society. The consequences which flow from the denial of an economic benefit are necessarily incidental to protecting the dignity and value of the appellants. Denial of any funding to the appellants constitutes not only a financial prejudice, but also a complete non-recognition of their children's educational needs and the children's and parents' fundamental interest in the continuation of their faith. In applying s. 15 in the context of the denial of funding for education to those who cannot access it for religious reasons, s. 27 of the *Charter* (dealing with the preservation and enhancement of a multicultural heritage) supports a finding that the interests at stake, the preservation and continuation of the communities in question, form interests fundamental to the purposes of the *Charter*. The *Education Act* funding scheme represents a *prima facie* violation of the s. 15 guarantee of equal benefit of the law.

While deference has been granted the state in its legislative role by the courts in undertaking a s. 1 analysis, this deference has been designed to give better effect to the general purposes of the *Charter*. Generally, where the nature of the rights infringement falls far from *Charter* values and where the legislative objective promotes these values, deference will be shown. As a corollary, however, where 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 as a whole, as represented by state action, courts must be vigilant to ensure that the state has demonstrated its justification for the infringement. A less deferential stance should be taken and a greater onus remain on the state to justify its encroachment on the *Charter* right in question. In each case, therefore, only after the objective of the legislation has been identified can the appropriate degree of deference be determined. "Social" legislation *per se* will not, in the absence of these factors, warrant deference. Indeed, cases will be rare where it is found reasonable in a free and democratic society to discriminate.

ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Il faut tenir compte de la nature du groupe lésé et de la nature du droit en cause. Les groupes confessionnels minoritaires dissidents sont ceux qui ont sérieusement souffert du désavantage historique rattaché à l'identité religieuse. Ils constituent nécessairement des minorités discrètes et insulaires en raison des forces qui jouent en faveur de la laïcisation dans notre société. Les conséquences qui découlent de la négation d'un bénéfice économique sont nécessairement accessoires à la protection de la dignité et de la valeur des appelants. Le refus de tout financement aux appelants constitue non seulement un préjudice financier mais aussi une absence complète de reconnaissance des besoins pédagogiques des enfants et du droit fondamental des enfants et des parents au maintien de leur religion. Dans l'application de l'art. 15 au contexte du non-financement de l'éducation de personnes ne pouvant y avoir accès pour des motifs religieux, l'art. 27 de la *Charte* (qui a trait au maintien et à la valorisation du patrimoine multiculturel) permet de conclure que les droits en jeu, le maintien et la survie des communautés en question, constituent des droits fondamentaux pour les fins de la *Charte*. Le régime de financement prévu dans la *Loi sur l'éducation* contrevient à première vue à la garantie du même bénéfice de la loi.

Bien que les tribunaux aient, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, fait preuve de retenue envers l'État dans l'exercice de son rôle législatif, cette retenue visait à donner davantage effet aux objectifs généraux de la *Charte*. En général, on fait preuve de retenue lorsque la nature de la violation des droits s'écarte des valeurs de la *Charte* et que l'objectif de la loi en cause favorise le respect de ces valeurs. À titre de corollaire, cependant, lorsque la nature de la violation touche au cœur des droits protégés par la *Charte* et que l'objectif social est de servir l'intérêt de la majorité qu'expriment les mesures prises par l'État, les tribunaux doivent veiller à ce que l'État justifie la violation. Dans un tel cas, une moins grande retenue serait appropriée et l'État devrait assumer un fardeau plus lourd afin de justifier l'atteinte au droit garanti par la *Charte*. En conséquence, ce n'est qu'après avoir établi, dans chaque cas, l'objectif de la loi qu'il est possible de déterminer le degré approprié de retenue dont il faut faire preuve. Le simple fait que la loi soit de nature «sociale» ne sera pas, en soi, en l'absence d'autres facteurs, une raison de faire preuve de retenue. En fait, rares seront les cas dans lesquels il sera raisonnable de faire preuve de discrimination dans le cadre d'une société libre et démocratique.

The objectives of providing free public education and of fostering tolerance are clearly pressing and substantial in a democratic society. The former objective dictates that the latter be linked to the discouragement of non-secular education. The value underlying the legislation is the provision of education in a manner which fulfills the majoritarian interests of a secular society and it is the majoritarian interests, and not the interests of vulnerable and discrete social groups, which are threatened by the funding of religious schools. The infringement, by contrast, affects members of an insular religious minority within a minority to the extent of touching upon its members' ability to maintain their practices and therefore upon its ability to survive as a community. The degree of judicial deference allowed in other cases is not warranted here. The state must clearly discharge the burdens of evidence and proof which are mandated under s. 1.

A rational connection was established between funding choices and the maintenance of universally open and religiously tolerant schools. Full funding for dissentient schools was shown to be linked to the possible outflow of a large number of students from the public school system. The legislation, however, did not minimally impair the rights in question. Complete denial of funding is the most excessive impairment possible and not one of a range of permissible alternatives. Partial funding could be provided without affecting the objectives of the legislation and would ensure a less severe impairment. It could ensure some recognition of these communities and assist in their continuation, all the while maintaining the generally secular, universal and socially tolerant nature of the public school system. Finally, the salutary effects of the legislation, being essentially financial in nature, did not outweigh the deleterious impact.

School Health Support Services

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The School Health Support Services Program is immune from *Charter* scrutiny. These services, which should be characterized as education services as opposed to health services, are designed to ensure that children with special needs have full access to the public school system. The program is therefore simply a manifestation of the Ontario government's fulfilling its mandate to provide an education designed for all members of the community. It is accordingly immune from *Charter* scrutiny. Given the characterization of these services as "education services" rather than "health services", the

L'enseignement public gratuit et l'encouragement à la tolérance sont clairement des objectifs urgents et réels dans une société démocratique. Le premier objectif exige que le second soit associé à la dissuasion de l'éducation non laïque. La valeur sous-jacente de la Loi est la prestation de l'éducation d'une façon qui satisfait aux droits de la majorité à l'intérieur d'une société laïque, et ce sont les droits de la majorité, et non pas ceux des groupes sociaux vulnérables et discrets, qui se trouvent menacés par le financement d'écoles confessionnelles. Par contre, la violation touche des membres d'une minorité religieuse insulaire au sein d'une minorité au point d'influer sur la capacité de ses membres de maintenir leurs pratiques et, en conséquence, sur sa capacité de survivre en tant que communauté. Le degré de retenue judiciaire permis dans d'autres affaires n'est pas justifié en l'espèce. L'État doit clairement s'acquitter du fardeau de preuve qui lui est imposé en vertu de l'article premier.

L'existence d'un lien rationnel a été établie entre les choix de financement et le maintien d'écoles accessibles à tous et tolérantes sur le plan religieux. On a démontré qu'un financement complet des écoles dissidentes pourrait entraîner un exode important des élèves du régime des écoles publiques. Cependant, la Loi ne porte pas une atteinte minimale aux droits en question. Le non-financement complet constitue l'atteinte la plus excessive possible et ne se situe pas dans la gamme des mesures possibles. Un financement partiel pourrait être accordé sans incidence sur les objectifs de la Loi et garantirait ainsi une atteinte moins grave. Cette mesure permettrait d'accorder une certaine reconnaissance à ces communautés et de les aider à survivre, tout en maintenant le caractère généralement laïque, universel et socialement tolérant du régime d'écoles publiques. Enfin, les effets bénéfiques de la Loi — essentiellement de nature financière — ne l'emportent pas sur l'incidence préjudiciable.

Services de santé pour enfants d'âge scolaire

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire échappe à tout examen fondé sur la *Charte*. Ces services, qui devraient être qualifiés de services d'enseignement par opposition à des services de santé, visent à garantir que des enfants qui ont des besoins particuliers aient pleinement accès au régime d'écoles publiques. Ce programme montre simplement que le gouvernement de l'Ontario remplit son mandat d'offrir un enseignement conçu pour tous les membres de la collectivité. Il échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*. Puisque ces services sont

failure to extend these services to private religious schools does not violate either s. 2(a) or s. 15(1) of the *Charter*.

Per Sopinka and Major JJ.: The School Health Support Services are properly characterized as “education services” as opposed to strict “health services”. If the appellants have no basis for claiming a right to public funding for the education provided in private schools, they have no claim for additional “educational services” available only within the public school system. There is no reason to distinguish funding for this aspect from other aspects of funding for educational purposes.

Per McLachlin J. (dissenting): The unequal treatment given disabled children attending independent religious schools flows from the religious conviction of their parents whose belief compels them to educate their children outside the public secular system. Labelling the denial of assistance as an education matter does not obviate the inequality the restriction creates. This unequal treatment is discrimination contrary to s. 15 of the *Charter*.

The objective of promoting a more tolerant multicultural society might be capable of justifying the impugned regulation which relies on definitions contained in the *Education Act* and therefore alludes only to public secular schools and Roman Catholic schools. Rational connection is more problematic. The Regulation might be argued to be a measure to encourage disabled children of religious minorities to participate in the multicultural public school system. The infringement, however, is not minimally impaired. The cost of extending these school health services is not great and denying these services to disabled children in non-funded schools adds to their burden of coping. The discrimination effected by the Regulation is not justifiable under s. 1.

A provision should be read into Regulation 552, extending the *Education Act's* definition of “school” to include private denominational schools and broadening the Act's definition of “special education program” to include programs that are comparable to special

qualifiés de «services d'enseignement» par opposition à des «services de santé», l'omission d'étendre ces services aux écoles confessionnelles privées ne viole ni l'al. 2a) ni le par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges Sopinka et Major: Les services de santé pour enfants d'âge scolaire constituent davantage des «services d'enseignement» que des «services de santé» au sens strict. Si les appelants ne sont pas justifiés de revendiquer un droit au financement public de l'enseignement offert dans des écoles privées, ils ne peuvent réclamer d'autres «services d'enseignement» qui ne sont offerts qu'à l'intérieur du régime d'écoles publiques. Il n'y a aucune raison de distinguer le financement de cet aspect d'avec les autres formes de financement à des fins éducatives.

Le juge McLachlin (dissidente): Le traitement inégal accordé aux enfants handicapés qui fréquentent l'école confessionnelle indépendante résulte des convictions religieuses de leurs parents dont les croyances les forcent à faire instruire leurs enfants en dehors du régime laïc public. Dire que le refus d'aider est une question d'enseignement ne pare pas à l'inégalité engendrée par la restriction. Ce traitement inégal constitue de la discrimination contraire à l'art. 15 de la *Charte*.

L'objectif de promouvoir une société multiculturelle plus tolérante pourrait peut-être servir à justifier le règlement attaqué qui repose sur des définitions contenues dans la *Loi sur l'éducation* et ne concerne donc que les écoles laïques publiques et les écoles catholiques romaines. Le lien rationnel est plus problématique. On pourrait peut-être soutenir que le règlement incite les enfants handicapés appartenant aux minorités religieuses à participer au régime d'écoles publiques multiculturelles. Cependant, la violation ne constitue pas une atteinte minimale. Ce qu'il en coûterait pour étendre la prestation des services de santé pour enfants d'âge scolaire n'est pas élevé et le refus d'offrir ces services aux enfants handicapés qui fréquentent les écoles non financées a pour effet d'ajouter à leur fardeau de faire face à leur handicap. La discrimination engendrée par le règlement n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

Le règlement 552 devrait être interprété comme incluant une disposition qui élargit la définition du terme «école» donnée dans la *Loi sur l'éducation*, de manière à inclure les écoles confessionnelles privées, et qui élargit la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté», contenue dans la Loi, de manière à inclure des programmes comparables aux programmes d'enseignement à l'enfance en

education programs in public schools or Roman Catholic schools.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The services to disabled students provided under the *Health Insurance Act* in the public and separate schools as part of a "special education program" form an integral part of the education services funded in the province under the *Education Act*. Denying this funding as part of the complete denial of funding to these schools infringes s. 15 of the *Charter*. Providing services which make it possible for disabled students to attend publicly funded schools furthers the objectives of the *Education Act* in creating a non-discriminatory, universal system of education. The denial of the health support program, however, is not rationally connected to the objectives of providing universal education without discrimination. Furthermore, denying disabled children access to the independent schools will not, in any significant way, further enhance the social diversity and harmony in the public school system because religious reasons prevent their parents from sending them to the secular system in any event. It was unnecessary to undertake a determination of whether a minimal impairment has been imposed or whether the effects are proportionate to the objective.

A provision should be read into Regulation 552 which expands the definition of "school" in the *Education Act* to include private denominational schools and extends the *Education Act's* definition of special education programs to include those equivalent to the ones offered in the separate or public school systems.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; **considered:** *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Roman Catholic Separate*

difficulté offerts dans les écoles publiques ou catholiques romaines.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les services offerts dans les écoles publiques et séparées aux élèves handicapés — du fait qu'ils sont considérés comme faisant partie d'un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté — en vertu de la *Loi sur l'assurance-santé*, font partie intégrante des services d'éducation financés dans la province en vertu de la *Loi sur l'éducation*. Le non-financement de ces services contrevient à l'art. 15 de la *Charte*, du fait qu'il se trouve intégré à l'absence totale de financement de ces écoles. La prestation de services qui permettent aux élèves handicapés de fréquenter les écoles publiques favorise la réalisation des objectifs de la *Loi sur l'éducation*, en créant un système d'éducation universel non discriminatoire. Cependant, le fait de priver du bénéfice du programme de services de santé n'a aucun lien rationnel avec les objectifs d'offrir un système d'éducation universel non discriminatoire. De plus, le fait de refuser à des enfants handicapés l'accès aux écoles indépendantes ne favorisera pas de façon significative la diversité et l'harmonie à l'intérieur du système scolaire public, puisque les parents de ces enfants ne peuvent de toute façon, pour des motifs religieux, envoyer leurs enfants à l'école laïque. Il est inutile de déterminer s'il y a eu atteinte minimale ou si les effets sont proportionnels à l'objectif.

Il y aurait lieu d'introduire par interprétation dans le règlement 552 une disposition qui élargit la définition du terme «école» de façon à inclure les écoles confessionnelles privées, et étend la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» formulée dans la *Loi sur l'éducation* de façon à inclure des programmes qui sont comparables aux programmes offerts dans les régimes d'écoles séparées ou publiques.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; **arrêt examiné:** *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Procureur général du Qué-*

School Trustees for Tiny v. The King, [1928] A.C. 363; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202.

By Sopinka J.

Applied: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; **considered:** *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; **distinguished:** *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; **referred to:** *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Russow v. British Columbia (Attorney General)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Bal v. Ontario (Attorney General)* (1994), 21 O.R. (3d) 681.

By McLachlin J. (dissenting in part)

Applied: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; **distinguished:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; **referred to:** *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

bec c. Greater Hull School Board, [1984] 2 R.C.S. 575; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny c. The King*, [1928] A.C. 363; *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; **arrêt examiné:** *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; **distinction d'avec les arrêts:** *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; **arrêts mentionnés:** *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Russow c. British Columbia (Attorney General)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Bal c. Ontario (Attorney General)* (1994), 21 O.R. (3d) 681.

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie)

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; **arrêts mentionnés:** *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *National Trust Co. v. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.*, [1941] S.C.R. 601; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Common Schools in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, c. 64, ss. 27(16), 169.
Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, c. 5, ss. 7, 9, 14, 20.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15, 23, 27.
Constitution Act, 1867, ss. 92, 93(1), (2), (3), (4).
Constitution Act, 1982, s. 29.
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 21(1)(a), (b), (2)(a), 70(1)(a), (b).
Health Insurance Act, R.S.O. 1990, c. H.6, s. 45.
 R.R.O. 1990, Reg. 552, ss. 13(1), 14(1), (2).
School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, s. 16.

Authors Cited

Carignan, Pierre. «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *National Trust Co. c. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.*, [1941] R.C.S. 601; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. prov. C. 1863, ch. 5, art. 7, 9, 14, 20.
Act respecting Common Schools in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, ch. 64, art. 27(16), 169.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 15, 23, 27.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 93(1), (2), (3), (4).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 29.
Loi sur l'assurance-santé, L.R.O. 1990, ch. H.6, art. 45.
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 21(1)a), b), (2)a), 70(1)a), b).
 R.R.O. 1990, règl. 552, art. 13(1), 14(1), (2).
School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 16.

Doctrine citée

Carignan, Pierre. «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Ontario. Commission on Private Schools in Ontario. *Report of the Commission on Private Schools in Ontario* (Shapiro Report). Toronto: 1985.

Ontario. Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario. *Report on Religious Information and Moral Development* (MacKay Report). Toronto: Department of Education, 1969.

Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 4th sess., 31st parl., May 23, 1980, p. 2135.

Ontario. Royal Commission on Education in Ontario. *Report of the Royal Commission on Education in Ontario*. Toronto: King's Printer, 1950.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 1, 116 D.L.R. (4th) 1, 73 O.A.C. 81, 22 C.R.R. (2d) 205, dismissing an appeal from a judgment of Anderson J. (1992), 9 O.R. (3d) 676, 94 D.L.R. (4th) 417. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting in part and L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Edward M. Morgan, for the appellants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp and Riky Young.

David M. Brown and Elizabeth Pillon, for the appellants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout and the Ontario Alliance of Christian School Societies.

Robert E. Charney and Hart Schwartz, for the respondents.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Peter R. Jervis and David D. Conklin, for the intervener the Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education.

John A. Olthuis and H. W. Roger Townshend, for the intervener the Ontario Federation of Independent Schools.

Brian A. Kelsey, Q.C., and *William S. Challis*, for the interveners the Metropolitan Toronto

Ontario. Commission sur les écoles privées de l'Ontario. *Rapport de la Commission sur les écoles privées de l'Ontario* (le rapport Shapiro). Toronto: 1985.

Ontario. Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario. *Report on Religious Information and Moral Development* (MacKay Report). Toronto: Department of Education, 1969.

Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 4th sess., 31st parl., May 23, 1980, p. 2135.

Ontario. Royal Commission on Education in Ontario. *Report of the Royal Commission on Education in Ontario*. Toronto: King's Printer, 1950.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 1, 116 D.L.R. (4th) 1, 73 O.A.C. 81, 22 C.R.R. (2d) 205, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Anderson (1992), 9 O.R. (3d) 676, 94 D.L.R. (4th) 417. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin dissidente en partie et le juge L'Heureux-Dubé dissidente.

Edward M. Morgan, pour les appelants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp et Riky Young.

David M. Brown et Elizabeth Pillon, pour les appelants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout et Ontario Alliance of Christian School Societies.

Robert E. Charney et Hart Schwartz, pour les intimés.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Peter R. Jervis et David D. Conklin, pour l'intervenante Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education.

John A. Olthuis et H. W. Roger Townshend, pour l'intervenante Ontario Federation of Independent Schools.

Brian A. Kelsey, c.r., et *William S. Challis*, pour les intervenants le Conseil scolaire de la commu-

School Board and the Ontario Public School Boards' Association.

Patricia D. S. Jackson and Clare E. Burns, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

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

nauté urbaine de Toronto et l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario.

Patricia D. S. Jackson et Clare E. Burns, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

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

¹ IACOBUCCI J. — This appeal involves the question of whether the current education funding scheme in the province of Ontario violates the appellants' religious and equality rights as guaranteed by ss. 2(a) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appeal also raises the question of whether the provision of school health support services only to students in the public school system violates the appellants' ss. 2(a) and 15 *Charter* rights.

I. Background

² The appellants are parents who, by reason of religious or conscientious beliefs, send their children to private religious schools. The first five appellants (the "Adler appellants") are parents of children attending Jewish day schools. The "Elgersma appellants" are four parents whose children attend independent Christian schools, and a non-profit corporation, the Ontario Alliance of Christian School Societies ("OACSS"), which is active in the promotion of Christian elementary and secondary education.

³ The Adler appellants sought a declaration that the non-funding of Jewish day schools in Ontario was unconstitutional. Full-time Jewish day schools have existed in Ontario since 1949 and now have an enrolment of approximately 10,000 students. The schools provide Jewish religious instruction and Judaic studies in addition to secular studies at both the elementary and high school levels in conformity with Ministry of Education guidelines, although they receive no direct funding from the Government of Ontario. Their costs are met

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit, en l'espèce, de savoir si le régime de financement de l'éducation actuellement en vigueur dans la province d'Ontario viole la liberté de religion et les droits à l'égalité que l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent aux appelants. Le pourvoi soulève également la question de savoir si la prestation de services de santé pour enfants d'âge scolaire aux seuls élèves du régime d'écoles publiques viole les droits que l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte* garantissent aux appelants.

I. Le contexte

Les appelants sont des parents qui, pour des raisons de conscience ou de croyances religieuses, envoient leurs enfants à l'école confessionnelle privée. Les cinq premiers appelants (les «appelants du groupe Adler») sont les parents d'enfants qui fréquentent des externats juifs. Les «appelants du groupe Elgersma» sont quatre parents dont les enfants fréquentent des écoles chrétiennes indépendantes, et une société sans but lucratif, l'Ontario Alliance of Christian School Societies («OACSS»), qui travaille à promouvoir l'enseignement chrétien aux niveaux primaire et secondaire.

Les appelants du groupe Adler ont demandé un jugement déclarant que l'omission de financer les externats juifs en Ontario était inconstitutionnelle. Il existe des externats juifs fréquentés à temps plein en Ontario depuis 1949 et ils accueillent actuellement environ 10 000 élèves. Ces écoles dispensent un enseignement religieux juif et des cours sur le judaïsme, en plus d'un enseignement laïque tant au niveau primaire qu'au niveau secondaire, conformément aux directives du ministère de l'Éducation, bien qu'elles ne reçoivent pas de

through tuition fees, funds raised by the schools, and other fund-raising activities of the Jewish community.

The Elgersma appellants sought, along with other relief, a declaration that the non-funding of independent Christian schools infringed their rights as guaranteed under the *Charter*. There are now 73 Christian schools in Ontario. Membership in each individual school society is open to all adult, active Christian church members who assent to the society's aims and confessional principles, who pay the prescribed membership fee, and who are willing to be actively involved in the work of the society. Most society members belong to the Christian Reformed Church. OACSS member schools, like Jewish day schools, do not receive government funding. Funds are obtained from parental tuition pledges, community donations, and other fund-raising activities.

Both the Adler and the Elgersma applications include claims with respect to School Health Support Services Program (SHSSP). Matan Kezwer, the son of the appellant Paula Kezwer, has a hearing and speech impairment. The appellants claim that if Matan were enrolled in a public or Roman Catholic separate school, he would qualify for school health support services. Furthermore, they claim that the failure to fund such services at Matan's Jewish day school violates his *Charter* rights.

Walter Elgersma, the son of the appellant Leo Elgersma, attends a Christian day school. He was born with spina bifida and hydrocephalus and, as a consequence, needs periodic medical attention throughout the course of the day, in addition to wheelchair accessible transportation to and from school. These services are not provided at his present school.

fonds directement du gouvernement de l'Ontario. Leur financement repose sur des frais de scolarité, des fonds recueillis par les écoles et d'autres sources de fonds de la communauté juive.

Les appelants du groupe Elgersma ont demandé, en plus d'une autre mesure de redressement, un jugement déclarant que l'omission de financer les écoles chrétiennes indépendantes portait atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Il existe actuellement 73 écoles chrétiennes en Ontario. Peut faire partie d'une société scolaire tout adulte qui est membre actif d'une église chrétienne, qui acquiesce aux objectifs et aux principes confessionnels de la société, qui paie les droits d'adhésion prescrits et qui est disposé à participer activement aux travaux de la société. La plupart des membres de ces sociétés appartiennent à la Christian Reformed Church. Les écoles qui font partie de l'OACSS, comme les externats juifs, ne reçoivent pas de fonds du gouvernement. Les fonds proviennent des frais de scolarité versés par les parents, de dons faits par la communauté et d'autres sources.

Les demandes des groupes Adler et Elgersma comportent notamment des revendications en ce qui concerne le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire. Matan Kezwer, le fils de l'appelante Paula Kezwer, a des troubles d'audition et de la parole. Les appelants prétendent que si Matan était inscrit à une école publique ou catholique romaine séparée, il serait admissible à des services de santé pour enfants d'âge scolaire. De plus, ils font valoir que l'omission de financer de tels services à l'externat juif fréquenté par Matan viole les droits que lui garantit la *Charte*.

Walter Elgersma, le fils de l'appellant Leo Elgersma, fréquente un externat chrétien. À sa naissance, il souffrait de spina-bifida et d'hydrocéphalie et il a donc besoin de soins médicaux périodiques au cours de la journée et d'un moyen de transport accessible aux personnes en fauteuil roulant pour se rendre à l'école et retourner chez lui. Ces services ne sont pas fournis à l'école qu'il fréquente présentement.

4

5

6

7 Joel Pott is the son of the appellant Harry Pott. He is a non-verbal, developmentally handicapped child with autistic tendencies and behavioural problems. Harry Pott deposed that Joel requires special attention of the sort provided under the SHSSP. At the time of the hearing, Joel was attending a Roman Catholic separate school in Kingston. His parents want to send him to an independent Christian school, but the school lacks the funding to provide the special services which the Potts say that Joel needs. Both the Elgersmas and the Potts claim that the government's refusal to extend the school health support services to independent Christian schools violates their children's rights under ss. 2(a) and 15(1) of the *Charter*.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

8 *Constitution Act, 1867*

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions: —

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

(2) All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec:

(3) Where in any Province a System of Separate or Dissident Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education:

Joel Pott est le fils de l'appellant Harry Pott. C'est un enfant qui ne parle pas et qui souffre de maladie du développement assortie de tendances autistiques et de problèmes de comportement. Harry Pott a témoigné que Joel requiert des soins particuliers du genre de ceux qui sont dispensés en vertu du programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire. Au moment de l'audition, Joel fréquentait une école catholique romaine séparée à Kingston. Ses parents veulent l'envoyer à une école chrétienne indépendante, mais celle-ci ne dispose pas des fonds nécessaires pour fournir les services spéciaux dont Joel a besoin d'après eux. Les Elgersma et les Pott prétendent que le refus du gouvernement d'étendre les services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles chrétiennes indépendantes viole les droits que l'al. 2a) et le par. 15(1) de la *Charte* garantissent à leurs enfants.

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

Loi constitutionnelle de 1867

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'école des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

(3) dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subséquemment établi par la législature de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation;

(4) In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any Appeal under this Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this Section.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

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.

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2

1. — (1) In this Act and the regulations, except where otherwise provided in the Act or regulations,

“exceptional pupil” means a pupil whose behavioural, communicational, intellectual, physical or multiple exceptionalities are such that he or she is considered to need placement in a special education program by a committee established under subparagraph iii of paragraph 5 of subsection 11(1), of the board,

(a) of which the pupil is a resident pupil,

(b) that admits or enrolls the pupil other than pursuant to an agreement with another board for the provision of education, or

(4) au cas où n’aura pas été édictée la loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil aura jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article — ou lorsqu’une décision du gouverneur général en conseil, sur un appel interjeté en vertu du présent article, n’aura pas été dûment mise à exécution par l’autorité provinciale compétente en l’espèce —, le Parlement du Canada, en pareille occurrence et dans la seule mesure où les circonstances de chaque cas l’exigeront, pourra édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, ainsi qu’à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l’autorité de ce même article.

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Loi sur l’éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2

1 (1) Sauf dispositions contraires, les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi et aux règlements.

«école» Selon le cas:

a) l’ensemble des élèves d’une école publique, séparée ou secondaire qui constitue un seul groupe à des fins pédagogiques sous la compétence du conseil approprié,

b) l’ensemble des élèves inscrits à un programme d’études d’une école élémentaire ou secondaire dans un établissement d’enseignement que fait fonctionner le gouvernement de l’Ontario.

(c) to which the cost of education in respect of the pupil is payable by the Minister; (“élève en difficulté”) R.S.O. 1980, c. 129, s. 1(1), pars. 20, 21.

La présente définition comprend les enseignants et autres membres du personnel associés au groupe ou à l'établissement susmentionnés, ainsi que les terrains et locaux utilisés par le groupe ou l'établissement visé. («school»)

“private school” means an institution at which instruction is provided at any time between the hours of 9 a.m. and 4 p.m. on any school day for five or more pupils who are of or over compulsory school age in any of the subjects of the elementary or secondary school courses of study and that is not a school as defined in this section; (“école privée”)

«école privée» Établissement, qui n'est pas une école au sens du présent article, qui, un jour de classe, entre 9 h et 16 h, dispense, à cinq élèves ou plus ayant atteint ou dépassé l'âge de scolarité obligatoire, un enseignement portant sur une matière du programme d'études de l'école élémentaire ou secondaire. («private school»)

“school” means,

«élève en difficulté» Élève atteint d'anomalies de comportement ou de communication, d'anomalies d'ordre intellectuel ou physique, ou d'anomalies multiples qui appellent un placement approprié de la part du comité créé aux termes de la sous-disposition (iii) de la disposition 5 du paragraphe 11(1), dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté offert par le conseil:

(a) the body of public school pupils or separate school pupils or secondary school pupils that is organized as a unit for educational purposes under the jurisdiction of the appropriate board, or

a) dont il est élève résident,

(b) the body of pupils enrolled in any of the elementary or secondary school courses of study in an educational institution operated by the Government of Ontario,

b) qui admet ou inscrit l'élève autrement qu'en conformité avec une entente conclue avec un autre conseil en vue de lui dispenser de l'enseignement,

and includes the teachers and other staff members associated with such unit or institution and the lands and premises used in connection therewith; (“école”)

c) auquel les dépenses en éducation de l'élève sont payables par le ministre. («exceptional pupil»)

“special education program” means, in respect of an exceptional pupil, an educational program that is based on and modified by the results of continuous assessment and evaluation and that includes a plan containing specific objectives and an outline of educational services that meets the needs of the exceptional pupil; (“programme d'enseignement à l'enfance en difficulté”)

«programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» Programme d'enseignement fondé sur les résultats d'une évaluation continue et modifié par ceux-ci en ce qui concerne un élève en difficulté, y compris un projet qui renferme des objectifs particuliers et les grandes lignes des services éducatifs qui satisfont les besoins de l'élève en difficulté. («special education program»)

“special education services” means facilities and resources, including support personnel and equipment, necessary for developing and implementing a

«services à l'enfance en difficulté» Installations et ressources, y compris le personnel de soutien et l'équipement nécessaires à l'élaboration et à la mise en

special education program; (“services à l’enfance en difficulté”)

œuvre d’un programme d’enseignement à l’enfance en difficulté. («special education service»)

21. — (1) Unless excused under this section,

21 (1) À moins d’en être dispensé aux termes du présent article:

- (a) every child who attains the age of six years on or before the first school day in September in any year shall attend an elementary or secondary school on every school day from the first school day in September in that year until the child attains the age of sixteen years; and
- (b) every child who attains the age of six years after the first school day in September in any year shall attend an elementary or secondary school on every school day from the first school day in September in the next succeeding year until the last school day in June in the year in which the child attains the age of sixteen years.

a) l’enfant qui a atteint six ans au premier jour de classe de septembre d’une année quelconque fréquente l’école élémentaire ou secondaire tous les jours de classe à compter de ce jour et de cette année, jusqu’à l’âge de seize ans;

b) l’enfant qui atteint six ans après le premier jour de classe de septembre d’une année quelconque fréquente l’école élémentaire ou secondaire tous les jours de classe à compter du premier jour de classe de septembre de l’année suivante jusqu’au dernier jour de classe du mois de juin de l’année où il atteint seize ans.

(2) A child is excused from attendance at school if,

(2) L’enfant est dispensé de fréquenter l’école dans l’un des cas suivants:

- (a) the child is receiving satisfactory instruction at home or elsewhere;

a) il reçoit un enseignement satisfaisant au foyer ou ailleurs;

70. — (1) Subject to subsection (2) and to the regulations, every board shall provide adequate accommodation for the trainable retarded pupils,

70 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et des règlements, le conseil fournit des facilités d’accueil appropriées aux élèves déficients moyens qui réunissent les deux conditions suivantes:

- (a) who are exceptional pupils of the board; and
- (b) in respect of whom a placement in a school or class for trainable retarded pupils has been made by a committee established under paragraph 5 of subsection 11(1),

a) ils sont des élèves en difficulté du conseil;

b) ils ont été placés dans une classe ou une école d’élèves déficients moyens par un comité créé en vertu de la disposition 5 du paragraphe 11(1).

Health Insurance Act, Regulation 552, R.R.O. 1990

Loi sur l’assurance-santé, règl. 552, R.R.O. 1990

13. — (1) In this section,

[TRADUCTION] 13. — (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

“home care facility” means,

«établissement de soins à domicile» Selon le cas:

- (a) a local board of health of a municipality or a health unit, or
- (b) an agency,

a) un conseil local de santé d’une municipalité ou une circonscription sanitaire, ou

b) un organisme,

approved by the Minister to provide home care services;

autorisés par le ministre à fournir des services de soins à domicile;

“home care services” means,

«services de soins à domicile» Selon le cas:

- (a) the services that are provided, on a visitation basis, by a nurse or a nursing assistant,
- (b) the services provided, on a visiting basis, by a physiotherapist, occupational therapist, speech therapist, social worker or nutritionist,
- (c) the provision of dressings and medical supplies,
- (d) the provision of diagnostic and laboratory services,
- (e) the provision of hospital and sickroom equipment,
- (f) the provision of transportation services to and from the home to a hospital, health facility or the attending physician's office, as the case may be;

14. — (1) In this section,

“home care facility” means a home care facility as defined in subsection 13(1);

“school” means a school as defined in subsection 1(1) of the *Education Act*;

“school health support services” means,

- (a) the services that are provided, on a visitation basis, by a nurse, physiotherapist, occupational therapist, speech therapist or nutritionist,
- (b) the training, supervision or consultation services of a nurse, physiotherapist, occupational therapist, speech therapist or nutritionist to support personnel referred to in the definition of “special education services” in subsection 1(1) of the *Education Act*, and
- (c) the provision of dressings and medical supplies necessary for the services referred to in clause (a), . . .

“special education program” means a special education program as defined in subsection 1(1) of the *Education Act*;

(2) School health support services provided by a home care facility to an insured person who is placed in

- a) les services qui sont fournis, lors d'une visite à domicile, par un infirmier ou un infirmier auxiliaire,
- b) les services fournis, lors d'une visite à domicile, par un physiothérapeute, un thérapeute occupationnel, un orthophoniste, un travailleur social ou un nutritionniste,
- c) la fourniture de pansements et autres accessoires médicaux,
- d) la prestation de services de diagnostic et de laboratoire,
- e) la fourniture de matériel hospitalier et de matériel pour chambre de malade,
- f) la prestation de services de transport aller et retour entre le domicile et un hôpital, un établissement de santé ou le bureau d'un médecin traitant, selon le cas;

14. — (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«école» École au sens du paragraphe 1(1) de la *Loi sur l'éducation*;

«établissement de soins à domicile» Établissement de soins à domicile au sens du paragraphe 13(1);

«programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» Programme d'enseignement à l'enfance en difficulté au sens du paragraphe 1(1) de la *Loi sur l'éducation*;

«services de santé pour enfants d'âge scolaire» S'entend de ce qui suit:

- a) les services qui sont fournis, lors d'une visite à domicile, par un infirmier, un physiothérapeute, un thérapeute occupationnel, un orthophoniste ou un nutritionniste,
- b) les services de formation, de supervision ou de consultation fournis par un infirmier, un physiothérapeute, un thérapeute occupationnel, un orthophoniste ou un nutritionniste au personnel de soutien mentionné dans la définition des «services à l'enfance en difficulté» au paragraphe 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, et
- c) la fourniture de pansements et accessoires médicaux nécessaires aux services mentionnés à l'alinéa a),

(2) Les services de santé pour enfants d'âge scolaire qui sont fournis par un établissement de soins à domi-

a special education program in a school are prescribed as insured services.

III. Judgments Appealed From

A. Ontario Court of Justice (Toronto Motions Court) (1992), 9 O.R. (3d) 676

Anderson J. accepted the Adler appellants' evidence that the religious education necessary for their practice of the Jewish religion can only be achieved in a Jewish day school environment. Similarly, with regard to the Elgersma appellants, Anderson J. found that the dictates of their religion required them to educate their children in accordance with the principles of the Christian Reformed Church and that this was not possible in the province's publicly funded schools.

Anderson J. accepted the appellants' arguments relating to ss. 2(a) and 15(1) of the *Charter*. He noted from the outset that the funding of Roman Catholic separate schools was not a relevant consideration in determining any of the rights of the appellants. He based this conclusion on *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (*Reference Re Bill 30*) which upheld the constitutionality of full funding for Roman Catholic separate schools under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. According to Anderson J., at p. 693, funding for Roman Catholic separate schools was a constitutional anomaly having its roots in a historical political compromise "made as an incident of the Confederation of 1867" and, as such, was not subject to *Charter* scrutiny.

However, the motions court judge concluded that government funding for public secular schools coupled with the non-funding of independent religious schools violated the appellants' s. 15(1) equality rights. He reasoned that the *Education Act* created a distinction based on religion in so far as it provided the benefit of a free education to people whose children attend public schools, but denied that benefit to people who, because of religious

cile à une personne assurée qui est inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une école sont prescrits à titre de services assurés.

III. Les juridictions inférieures

A. Cour de justice de l'Ontario (Cour des requêtes de Toronto) (1992), 9 O.R. (3d) 676

Le juge Anderson a accepté le témoignage des appelants du groupe Adler selon lequel l'enseignement religieux qui leur était nécessaire pour pratiquer la religion juive ne pouvait se donner que dans un externat juif. De même, en ce qui concerne les appelants du groupe Elgersma, le juge Anderson a conclu que les préceptes de leur religion exigeaient qu'ils élèvent leurs enfants conformément aux principes de la Christian Reformed Church et que cela n'était pas possible dans les écoles publiques de la province.

Le juge Anderson a fait droit aux arguments des appelants relatifs à l'al. 2a) et au par. 15(1) de la *Charte*. Au départ, il a fait remarquer que le financement des écoles catholiques romaines séparées n'était pas pertinent pour déterminer les droits des appelants. Il a fondé cette conclusion sur le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, qui a confirmé la constitutionnalité du financement complet des écoles catholiques romaines séparées sous le régime de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'après le juge Anderson, à la p. 693, le financement des écoles catholiques romaines séparées n'était pas assujéti à un examen fondé sur la *Charte*, du fait qu'il représentait une anomalie constitutionnelle découlant d'un compromis politique historique [TRADUCTION] «réalisé dans le cadre de la Confédération de 1867».

Toutefois, le juge des requêtes a conclu que le financement des écoles laïques publiques par le gouvernement, conjugué au non-financement des écoles confessionnelles indépendantes, violait les droits à l'égalité que le par. 15(1) garantissait aux appelants. Il a estimé que la *Loi sur l'éducation* établissait une distinction fondée sur la religion dans la mesure où elle accordait l'avantage d'un enseignement gratuit aux personnes dont les

9

10

11

convictions, sent their children to private parochial schools.

12 Anderson J. also held that the appellants' freedom of religion as guaranteed by s. 2(a) of the *Charter* had been infringed. He found that the *Education Act* made school attendance mandatory and that, for parents who were precluded by religious and conscientious belief from taking advantage of the publicly funded school system, the price of escape was the payment of tuition fees. The legislation, thus, imposed a cost or burden on parents such as the appellants.

13 However, Anderson J. concluded that the legislation in question was saved by s. 1 of the *Charter*. In his view, the legislative objectives, including the provision of tuition-free, secular, universally accessible public education, and the establishment of a public education system fostering and promoting the values of a pluralistic, democratic society, were of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. He found there to be a rational connection between those objectives and the means chosen to achieve them. He held that the "degree of impairment" of the appellants' rights was "within permissible limits". Finally, he held that the benefits of the legislation were proportionate to its adverse effects on the appellants.

B. *Ontario Court of Appeal* (1994), 19 O.R. (3d) 1.

(a) Dubin C.J. (for the majority)

14 Dubin C.J. held that Anderson J. had erred in finding a s. 2(a) violation. In his view, s. 2(a) did not provide a positive entitlement to state support for the exercise of one's religion. A breach can only consist in state action which denies or limits religious practice.

enfants fréquentaient l'école publique, mais refusait cet avantage aux personnes qui, à cause de leurs convictions religieuses, envoyaient leurs enfants à des écoles confessionnelles privées.

Le juge Anderson a également statué qu'il y avait eu atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte*. Il a décidé que la *Loi sur l'éducation* rendait obligatoire la fréquentation de l'école et que, dans le cas des parents qui ne pouvaient pas profiter du régime d'écoles publiques pour des raisons de conscience et de croyances religieuses, il leur fallait payer des frais de scolarité. La loi en cause imposait donc un coût ou un fardeau aux parents tels que les appelants.

Cependant, le juge Anderson a statué que la loi en question était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. À son avis, les objectifs de la Loi, dont la prestation d'un enseignement public, laïque, gratuit et accessible à tous, et l'établissement d'un régime d'enseignement public favorisant et encourageant les valeurs d'une société démocratique pluraliste étaient suffisamment importants pour justifier une dérogation à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. Il a conclu à l'existence d'un lien rationnel entre ces objectifs et le moyen choisi pour les réaliser. Il a jugé qu'il y avait [TRADUCTION] «atteinte acceptable» aux droits des appelants. Enfin, il a décidé que les avantages de la loi en cause étaient proportionnés aux effets préjudiciables qu'elle avait sur les appelants.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 1

a) Le juge en chef Dubin (au nom de la majorité)

Le juge en chef Dubin a décidé que le juge Anderson avait commis une erreur en concluant à l'existence d'une violation de l'al. 2a). D'après lui, cet alinéa ne conférait pas un droit positif à ce que l'État soutienne l'exercice de la religion d'une personne. Il ne peut y avoir violation que si l'État agit de manière à refuser ou à limiter la pratique religieuse.

Dubin C.J. found that Anderson J. had made two further errors. The first was the motions court judge's finding that s. 21 of the *Education Act* made school attendance mandatory. Dubin C.J. noted that the Act only made education (as opposed to school attendance) compulsory and that children need not attend school so long as they receive satisfactory instruction elsewhere. Dubin C.J. found that this provision for excusing children from public schools provided a sufficient protection for religious freedom.

Dubin C.J. went on to hold, at p. 14, that the state action complained of was not, in fact, responsible for creating the alleged burden for the Adler and Elgersma appellants:

Further, there is no evidence that any of the appellants' children receive education because of s. 21 of the Act, or that the appellants would choose to forgo educating their children in the absence of that section. There is no evidence that compulsory education is inconsistent with any of the appellants' religious beliefs, and, therefore, there is no conflict between s. 21 of the Act and the appellants' religious freedom.

In the opinion of the majority in the Court of Appeal, the appellants' decision not to send their children to public school was entirely attributable to their religious beliefs and not to any government action. Thus, what was complained of was not government action, but rather, government inaction which in the circumstances of this case could not be the subject of a s. 2(a) *Charter* challenge.

Dubin C.J. then considered the arguments relating to equality rights. He agreed with Anderson J. that, pursuant to *Reference Re Bill 30*, the funding of Roman Catholic separate schools was not a basis for holding that the *Education Act* contravened s. 15 of the *Charter*.

Having disposed of the arguments relating to funding for separate schools, Dubin C.J. turned to

Le juge en chef Dubin a estimé que le juge Anderson avait commis deux autres erreurs. La première était la conclusion du juge des requêtes que l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation* rendait obligatoire la fréquentation de l'école. Le juge en chef Dubin a fait observer que la Loi ne faisait que rendre l'éducation (par opposition à la fréquentation de l'école) obligatoire et que les enfants n'étaient pas tenus de fréquenter l'école dans la mesure où ils recevaient un enseignement satisfaisant ailleurs. Le juge en chef Dubin a statué que cette disposition qui dispensait les enfants de fréquenter l'école publique offrait une protection suffisante de la liberté religieuse.

Le juge en chef Dubin a ajouté, à la p. 14, qu'en fait ce n'était pas l'action reprochée à l'État qui imposait le fardeau allégué aux appelants des groupes Adler et Elgersma:

[TRADUCTION] De plus, rien ne prouve que l'un ou l'autre des enfants des appelants reçoit un enseignement à cause de l'art. 21 de la Loi, ou que les appelants choisiraient de renoncer à faire instruire leurs enfants en l'absence de cet article. Rien ne prouve que l'enseignement obligatoire est incompatible avec l'une quelconque des croyances religieuses des appelants et, par conséquent, il n'y a pas d'incompatibilité entre l'art. 21 de la Loi et la liberté religieuse des appelants.

Selon la Cour d'appel à la majorité, la décision des appelants de ne pas envoyer leurs enfants à l'école publique était entièrement attribuable à leurs croyances religieuses et non pas à quelque action du gouvernement. Ainsi, on se plaignait non pas de l'action du gouvernement, mais plutôt de son inaction qui, dans les circonstances de la présente affaire, ne pouvait pas faire l'objet d'une contestation fondée sur l'al. 2a) de la *Charte*.

Le juge en chef Dubin a ensuite examiné les arguments relatifs aux droits à l'égalité. Il était d'accord avec le juge Anderson pour dire que, conformément au *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le financement des écoles catholiques romaines séparées ne permettait pas de conclure que la *Loi sur l'éducation* contrevenait à l'art. 15 de la *Charte*.

Après s'être prononcé sur les arguments relatifs au financement des écoles séparées, le juge en chef

15

16

17

18

the claim that the funding of secular public schools constituted discrimination on the basis of religion. He held, at p. 24, that if the lack of government funding for private schools created a distinction, that distinction was not one based on religion:

The public school system is solely secular and, in my view, because it is secular, it cannot found a claim of discrimination because it does not provide public funds for religious education under private auspices.

19 Dubin C.J. stated that even if the appellants' *Charter* rights had been infringed, the absence of funding for the religious schools was a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

20 With respect to the SHSSP, Dubin C.J. stated that there was not a sufficient factual foundation upon which to base the constitutional challenge. In his view, there was no proof that any of the appellants' children would have qualified for the school health support services if the services had been extended to independent schools. In any event, according to Dubin C.J., the program was not merely a matter of health services, as contended by the appellants, but was inextricably tied to the educational services provided in the public and separate schools for handicapped children.

(b) Weiler J.A. (dissenting in part)

21 Weiler J.A. agreed with the majority judgment on the issues relating to public funding for private religious schools.

22 With regard to the school health support services question, Weiler J.A. agreed with Dubin C.J. that the record disclosed no evidence to support the standing of the Kezwars and the Potts to challenge the regulation. However, in her view, the evidence did show that Walter Elgersma would be eligible to receive support services under SHSSP if he attended a public or separate school. Therefore, Walter Elgersma was directly affected by the legis-

Dubin est passé à l'argument selon lequel le financement des écoles laïques publiques constituait de la discrimination fondée sur la religion. Il a conclu, à la p. 24, que, si l'absence de financement des écoles privées par le gouvernement créait une distinction, celle-ci n'était pas fondée sur la religion:

[TRADUCTION] Le régime d'écoles publiques est uniquement laïque et, à mon avis, du fait qu'il est laïque, il ne saurait justifier une allégation de discrimination parce qu'il ne sert pas à financer l'enseignement religieux dans le réseau privé.

Le juge en chef Dubin a dit que, même s'il y avait eu violation des droits garantis aux appelants par la *Charte*, l'omission de financer les écoles confessionnelles constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Quant au programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, le juge en chef Dubin a déclaré qu'il n'y avait pas suffisamment de faits pour justifier une contestation fondée sur la Constitution. À son avis, il n'y avait aucune preuve que l'un ou l'autre des enfants des appelants aurait été admissible aux services de santé pour enfants d'âge scolaire si ces services avaient été offerts dans les écoles indépendantes. De toute façon, selon le juge en chef Dubin, le programme n'était pas seulement une question de services de santé, comme le prétendaient les appelants, mais il était inextricablement lié aux services d'enseignement fournis aux enfants handicapés dans les écoles publiques et séparées.

b) Le juge Weiler (dissidente en partie)

Le juge Weiler a souscrit aux motifs de la majorité sur les questions relatives au financement public des écoles confessionnelles privées.

En ce qui concerne la question des services de santé pour enfants d'âge scolaire, le juge Weiler était d'accord avec le juge en chef Dubin pour dire que le dossier ne révélait aucune preuve à l'appui de la qualité des Kezwer et des Pott pour contester le règlement. À son avis, toutefois, la preuve indiquait effectivement que Walter Elgersma serait admissible à des services de santé en vertu du programme de services de santé pour enfants d'âge

lation in question and his parents did have a genuine interest in the outcome of the legislation. Further, she said, at pp. 40-41 that “[t]he present action by Walter Elgersma’s father appears to be the only reasonable and effective way to bring the legislation’s validity before the court”. Weiler J.A. accordingly found that there was “an adequate contextual basis” to grant standing.

Weiler J.A. held that s. 93 of the *Constitution Act, 1867* had no bearing on the matter, and that it was appropriate to consider the applicability of the *Charter*. She found that the school health services regulation was legislation in relation to health, not education and concluded that the appellants’ children were denied equal benefit of the law and that the funding scheme constituted discrimination on the basis of religion. She held that the denial of equal benefit of the law was not a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. With regard to the appropriate remedy, she held that reading into the regulation an expanded definition of school, as opposed to nullification, would be the more consistent with the government’s purpose in enacting the legislation.

IV. Issues on Appeal

By order of Lamer C.J. dated May 16, 1995, the following constitutional questions were stated:

1. Do the definitions of “board” and “school” in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants’ freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by not providing funding to religious-based independent schools?
2. (a) Do the definitions of “board” and “school” in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants

scolaire, s’il fréquentait une école publique ou une école séparée. Par conséquent, Walter Elgersma était directement touché par la loi en question et ses parents avaient un intérêt véritable dans le résultat de cette loi. Elle a ajouté, aux pp. 40 et 41, que [TRADUCTION] «[l]a présente action intentée par le père de Walter Elgersma semble être la seule façon raisonnable et efficace de saisir les tribunaux de la question de la validité de la loi en cause». Le juge Weiler a donc conclu qu’il existait [TRADUCTION] «un contexte adéquat» pour accorder la qualité pour agir.

Le juge Weiler a statué que l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n’avait rien à voir avec la question et qu’il convenait d’examiner l’applicabilité de la *Charte*. Elle a dit que le règlement sur les services de santé pour enfants d’âge scolaire était une mesure législative en matière de santé et non d’éducation, et elle a conclu que les enfants des appelants étaient privés du même bénéfice de la loi et que le régime de financement engendrait une discrimination fondée sur la religion. Elle a déclaré que la négation du même bénéfice de la loi ne constituait pas une limite raisonnable au sens de l’article premier de la *Charte*. Quant à la réparation appropriée, elle a jugé qu’il serait plus compatible avec l’objectif poursuivi par le gouvernement en adoptant la mesure législative d’interpréter le règlement comme s’il contenait une définition élargie de l’école, au lieu de le déclarer nul.

IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 16 mai 1995 sur l’ordre du juge en chef Lamer:

1. Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l’al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ne prévoyant pas le financement des écoles confessionnelles indépendantes?
2. a) Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions géné-

23

24

promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to public school boards but not to religious-based independent schools?

(b) Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to Roman Catholic separate school boards but not to religious-based independent schools?

3. If the answer to Question 1 or 2 is in the affirmative, is the non-funding of religious-based independent schools justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. (a) Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

(b) Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

5. If the answer to Question 4(a) or 4(b) is in the affirmative, is the prescribing of school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based

rales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles publiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

b) Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles séparées catholiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

3. En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l'omission de financer les écoles confessionnelles indépendantes est-elle justifiée en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. a) L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

b) L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

5. En cas de réponse affirmative à la question 4a) ou 4b), le fait de prescrire, à titre de services assurés, des services pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non

independent school justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

As I see the issues before us, this case is to be resolved with reference to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Section 93 grants to the provinces the power to legislate with regard to education. This grant is subject to certain restrictive conditions, among them s. 93(1) which provides that no law may prejudicially affect any right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons had at the time of Union. The effect of this subsection is to entrench constitutionally a special status for such classes of persons, granting them rights which are denied to others.

The appellants advance, in essence, two *Charter* arguments. The first is that s. 2(a)'s guarantee of freedom of religion requires the province of Ontario to provide public funding for independent religious schools. The second is that, by funding Roman Catholic separate schools and secular public schools at the same time as it denies funding to independent religious schools, the province is discriminating against the appellants on the basis of religion contrary to s. 15(1).

I propose to deal with these arguments in turn. As will be explained more fully below, it is my opinion that the s. 2(a) claim fails because any claim to public support for religious education must be grounded in s. 93(1) which is a "comprehensive code" of denominational school rights. With regard to the appellants' equality argument, this claim fails because the funding of Roman Catholic separate schools and public schools is within the contemplation of the terms of s. 93 and is, therefore, immune from *Charter* scrutiny.

à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante, est-il justifié en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

Si je comprends bien les questions dont nous sommes saisis, il faut trancher le présent pourvoi en fonction de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet article confère aux provinces le pouvoir de légiférer en matière d'éducation. Ce pouvoir est accordé à certaines conditions restrictives, dont le par. 93(1) qui prévoit qu'aucune loi ne pourra préjudicier à un droit ou à un privilège conféré, lors de l'Union, à quelque catégorie particulière de personnes relativement aux écoles confessionnelles. Ce paragraphe a pour effet de créer dans la Constitution un statut spécial pour ces catégories particulières de personnes en leur accordant des droits qui sont refusés à d'autres.

Les appelants avancent essentiellement deux arguments fondés sur la *Charte*. Le premier veut que la liberté de religion garantie à l'al. 2a) exige de la province d'Ontario qu'elle finance les écoles confessionnelles indépendantes. Le deuxième veut qu'en finançant les écoles catholiques romaines séparées et les écoles laïques publiques, tout en refusant de financer les écoles confessionnelles indépendantes, la province fasse preuve de discrimination fondée sur la religion envers les appelants, contrairement au par. 15(1).

Je vais examiner ces arguments à tour de rôle. Comme je l'expliquerai davantage plus loin, je suis d'avis que la demande fondée sur l'al. 2a) échoue parce que toute demande de subvention publique au titre de l'enseignement religieux doit être fondée sur le par. 93(1) qui établit un «code complet» des droits relatifs aux écoles confessionnelles. En ce qui concerne l'argument de l'égalité avancé par les appelants, il échoue parce que le financement des écoles catholiques romaines séparées et des écoles publiques est prévu à l'art. 93 et échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*.

25

26

27

A. *The Appellants' Claims with Regard to Section 2(a) of the Charter*

28

In my view, any analysis of denominational school rights must take as its starting point the guarantees contained in s. 93(1). If the rights claimed are not found in this subsection, I fail to see how other sections of the Constitution, in particular s. 2(a) of the *Charter*, can be used to enlarge upon s. 93's constitutionally blessed scheme for public funding of denominational schools.

29

Section 93 is the product of an historical compromise which was a crucial step along the road leading to Confederation. As Gonthier J. said in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at p. 529:

Section 93 is unanimously recognized as the expression of a desire for political compromise. It served to moderate religious conflicts which threatened the birth of the Union.

Without this "solemn pact", this "cardinal term" of Union, there would have been no Confederation. See Wilson J.'s discussion of the history of s. 93 in *Reference Re Bill 30, supra*, at pp. 1173-74; and the judgment of Duff C.J. in *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, at p. 402.

30

As a child born of historical exigency, s. 93 does not represent a guarantee of fundamental freedoms. Beetz J. stated, in *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at p. 401:

While it may be rooted in notions of tolerance and diversity, the exception in s. 93 is not a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience . . . [and] should not be construed as a *Charter* human right or freedom or, to use the expression of Professor Peter Hogg, a "small bill of rights for the protection of minority religious groups" . . .

A. *Les revendications des appelants relatives à l'al. 2a) de la Charte*

À mon avis, toute analyse des droits relatifs aux écoles confessionnelles doit commencer par les garanties prévues au par. 93(1). Si les droits revendiqués ne figurent pas dans ce paragraphe, je ne vois pas comment on peut recourir à d'autres articles de la Constitution, notamment l'al. 2a) de la *Charte*, pour s'étendre sur le régime de financement public des écoles confessionnelles, consacré à l'art. 93 de la Constitution.

L'article 93 est le fruit d'un compromis historique qui a été une étape décisive du cheminement qui a abouti à la Confédération. Comme le juge Gonthier l'affirme dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 529:

Il est unanimement reconnu que l'art. 93 est l'expression d'un désir de compromis politique. Il a permis l'atténuation de conflits religieux qui menaçaient la réalisation de l'Union.

Sans ce «pacte solennel», cette [TRADUCTION] «condition capitale» de l'Union, il n'y aurait eu de Confédération. Voir l'analyse de l'historique de l'art. 93 que fait le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, aux pp. 1173 et 1174, et les motifs du juge en chef Duff dans *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, à la p. 402.

En tant que fruit des exigences de l'histoire, l'art. 93 ne constitue pas une garantie de libertés fondamentales. Le juge Beetz affirme, dans *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, à la p. 401:

Quoiqu'elle puisse avoir des racines dans les notions de tolérance et de diversité, l'exception énoncée à l'art. 93 ne constitue pas une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience [. . .] [et] ne doit pas être interprété[e] comme un droit ou une liberté de la personne garantis par la *Charte* ou, pour reprendre l'expression du professeur Peter Hogg, comme (TRADUCTION) «une petite déclaration des droits pour la protection des minorités religieuses» . . .

And see *Reference re Education Act (Que)*, *supra*, at pp. 539-40.

A useful analogy can be drawn between s. 93 and the minority language guarantees contained in s. 23 of the *Charter*. Like s. 93, s. 23 has its origins in political compromise. See *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 578; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 851.

Furthermore, both sections grant special status to particular classes of people. Dickson C.J. discussed the entrenched inequality created by s. 23 in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342. In this case, a group of parents claimed that their children were being denied the French language educational facilities to which they were entitled under s. 23 of the *Charter*. The parents argued that s. 23 should be interpreted in light of the words of s. 15(1) of the *Charter*. Speaking for a unanimous court, Dickson C.J. rejected this argument. In his words, s. 23 provides a “comprehensive code”, a unique source for minority language educational rights. See *Mahe*, *supra*, at p. 369. The Court recognized that this would create inequalities: English speakers living in francophone provinces and French speakers living in anglophone provinces would enjoy rights which are denied to other linguistic groups. However, it is the words of the Constitution itself which create this “special status”. As Dickson C.J. said at p. 369:

[Section 23] is, if anything, an exception to the provisions of ss. 15 and 27 in that it accords these groups, the English and the French, special status in comparison to all other linguistic groups in Canada.

Section 93(1) confers a similarly privileged status on those religious minorities which, at the time of Confederation, enjoyed legal rights with respect to denominational schools. In *Reference Re Bill 30*, Wilson J. acknowledged at p. 1197 that this special

Et voir le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, aux pp. 539 et 540.

On peut établir une analogie utile entre l'art. 93 et les garanties concernant la langue de la minorité prévues à l'art. 23 de la *Charte*. À l'instar de l'art. 93, l'art. 23 a son origine dans un compromis politique. Voir *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 578; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839, à la p. 851.

En outre, les deux articles accordent un statut spécial à des catégories particulières de personnes. Le juge en chef Dickson a examiné l'inégalité créée et consacrée par l'art. 23, dans *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342. Dans cette affaire, un groupe de parents prétendaient que leurs enfants étaient privés des établissements scolaires de langue française auxquels ils avaient droit en vertu de l'art. 23 de la *Charte*. Les parents ont fait valoir que l'art. 23 devrait être interprété en tenant compte du libellé du par. 15(1) de la *Charte*. Dans des motifs unanimes, le juge en chef Dickson a rejeté cet argument. Pour reprendre ses termes, l'art. 23 établit un «code complet», une source unique de droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Voir *Mahe*, précité, à la p. 369. La Cour a reconnu que cela créerait des inégalités: les anglophones vivant dans des provinces francophones et les francophones vivant dans des provinces anglophones jouiraient de droits refusés à d'autres groupes linguistiques. Cependant, c'est le texte même de la Constitution qui crée ce «statut spécial». Comme le dit le juge en chef Dickson, à la p. 369:

[L'article 23] constitue d'abord et avant tout une exception aux dispositions des art. 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophone et francophone, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques au Canada.

Le paragraphe 93(1) confère un statut privilégié semblable aux minorités religieuses qui, à l'époque de la Confédération, jouissaient de droits conférés par la loi relativement aux écoles confessionnelles. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le juge

31

32

33

status may “sit uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter*”, but it must nonetheless be respected. In his concurring judgment, Estey J. drew a similar conclusion, saying that the purpose of s. 93 was “to provide the province with the jurisdiction to legislate in a *prima facie* selective and distinguishing manner”. See *Reference Re Bill 30, supra*, at p. 1206.

Wilson reconnaît, à la p. 1197, qu’il se peut que ce statut spécial «s’accorde mal avec le concept de l’égalité enchâssé dans la *Charte*», mais qu’il faut néanmoins le respecter. Dans ses motifs concordants, le juge Estey a conclu, de façon similaire, que l’art. 93 avait pour objet «de conférer à la province la compétence pour légiférer d’une manière à première vue sélective et en opérant des distinctions». Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, à la p. 1206.

34 As Dickson C.J. concluded in *Mahe*, at p. 369, to use s. 15(1)’s equality rights as an interpretive aid to s. 23 would unacceptably distort the meaning and scope of the educational guarantees:

... it would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to “every individual”.

Comme le juge en chef Dickson l’a conclu à la p. 369 de l’arrêt *Mahe*, recourir aux droits à l’égalité énoncés au par. 15(1) pour interpréter l’art. 23 aurait pour effet de dénaturer de façon inacceptable le sens et la portée des garanties en matière d’enseignement:

... il serait déplacé d’invoquer un principe d’égalité destiné à s’appliquer universellement à «tous» pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé.

35 In my opinion, the reasoning used in *Mahe* is equally applicable to the appellants’ attempt to use s. 2(a) in combination with s. 15(1) to expand on s. 93’s religious educational guarantees. Thus, just as s. 23 is a comprehensive code with respect to minority language education rights, s. 93 is a comprehensive code with respect to denominational school rights. As a result, s. 2(a) of the *Charter* cannot be used to enlarge this comprehensive code. Given that the appellants cannot bring themselves within the terms of s. 93’s guarantees, they have no claim to public funding for their schools. To emphasize, in Ontario, s. 93(1) entrenches certain rights with respect to public funding of religious education. However, these rights are limited to those which were enjoyed at the time of Confederation. To decide otherwise by accepting the appellants’ claim that s. 2(a) requires public funding of their religious schools would be to hold one section of the Constitution violative of another — a result which *Reference Re Bill 30* tells us to avoid, as will be further discussed below.

À mon avis, le raisonnement suivi dans l’arrêt *Mahe* s’applique également à la tentative des appelants de recourir à l’al. 2a) et au par. 15(1) pour s’étendre sur les garanties en matière d’enseignement religieux contenues à l’art. 93. Ainsi, tout comme l’art. 23 établit un code complet en ce qui concerne les droits à l’instruction dans la langue de la minorité, l’art. 93 établit un code complet en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles. Par conséquent, on ne saurait recourir à l’al. 2a) de la *Charte* pour élargir la portée de ce code complet. Vu qu’ils ne peuvent pas s’assujettir aux conditions des garanties de l’art. 93, les appelants n’ont pas le droit de réclamer le financement public de leurs écoles. Je souligne qu’en Ontario le par. 93(1) consacre certains droits en matière de financement public de l’enseignement religieux. Toutefois, ces droits sont limités à ceux qui existaient à l’époque de la Confédération. Statuer autrement en faisant droit à la prétention des appelants que l’al. 2a) requiert le financement public de leurs écoles confessionnelles reviendrait à conclure qu’un article de la Constitution en viole un autre, ce que le *Renvoi relatif au projet de loi 30* nous dit d’éviter, comme nous le verrons plus loin.

B. *The Appellants' Claims with Regard to Section 15(1) of the Charter*

(a) Section 15(1) and Roman Catholic Separate Schools

In *Reference Re Bill 30*, Wilson J., writing for the majority, upheld Ontario legislation which extended full funding to the province's Roman Catholic separate schools. Her decision rested on two alternative findings.

First, she found that Bill 30 was a valid exercise of provincial power under the combined effect of the opening words of s. 93 and s. 93(3). See *Reference Re Bill 30*, at p. 1176. Second, she presented an alternative finding which was that, at the time of Confederation, separate schools were entitled to public funding for secondary education. Thus, s. 93(1) requires the Ontario government to fund fully Roman Catholic separate schools. Seen in this light, Bill 30 simply righted an old wrong.

Wilson J. went on to address the claim that the government's choice to fund Roman Catholic separate schools but not other religious schools contravened s. 15(1) of the *Charter*. The Adler and Elgersma appellants are advancing what amounts to the same argument in the present case. Wilson J. rejected this argument for two reasons. First, she found that, in the event that Bill 30 was passed pursuant to s. 93(1), it would fall "fairly and squarely" (at p. 1196) within s. 29 of the *Charter* which explicitly exempts from *Charter* challenge all rights and privileges "guaranteed" under the Constitution in respect of denominational, separate or dissentient schools. Second, she found that, in the event that Bill 30 was passed pursuant to the opening words of s. 93 and s. 93(3), it was nonetheless "immune" from *Charter* review because it was "legislation enacted pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise". See *Reference Re Bill 30*, at p. 1198.

B. *Les revendications des appelants relatives au par. 15(1) de la Charte*

a) Le paragraphe 15(1) et les écoles catholiques romaines séparées

Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le juge Wilson a confirmé, au nom de la majorité, la validité de la loi ontarienne qui étendait le financement complet aux écoles catholiques romaines séparées dans la province. Sa décision reposait sur deux conclusions subsidiaires.

Premièrement, elle a conclu que le projet de loi 30 constituait un exercice valide du pouvoir de la province en vertu de l'effet conjugué de la disposition liminaire de l'art. 93 et des dispositions du par. 93(3). Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30*, à la p. 1176. Deuxièmement, elle a présenté une conclusion subsidiaire, à savoir qu'à l'époque de la Confédération les écoles séparées avaient droit au financement public en ce qui concernait l'enseignement secondaire. Ainsi, le par. 93(1) exige que le gouvernement de l'Ontario finance complètement les écoles catholiques romaines séparées. Sous cet angle, le projet de loi 30 ne faisait que corriger une vieille injustice.

Le juge Wilson a ensuite examiné l'allégation selon laquelle le choix du gouvernement de financer les écoles catholiques romaines séparées, mais pas les autres écoles confessionnelles, contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelants des groupes Adler et Elgersma avancent ce qui équivaut au même argument en l'espèce. Le juge Wilson a rejeté cet argument pour deux raisons. Premièrement, elle a statué que, s'il était adopté conformément au par. 93(1), le projet de loi 30 serait alors «nettement» (à la p. 1196) visé par le texte de l'art. 29 de la *Charte* qui soustrait explicitement à toute contestation fondée sur la *Charte* tous les droits et privilèges «garantis» en vertu de la Constitution relativement aux écoles séparées et aux autres écoles confessionnelles. Deuxièmement, elle a conclu que, s'il était adopté conformément à la disposition liminaire de l'art. 93 et aux dispositions du par. 93(3), le projet de loi 30 «échappe[rait]» à tout examen fondé sur la *Charte* car il s'agirait d'une «lo[i] adoptée[e] conformément au

36

37

38

This was true regardless of the fact that this unequal funding might, as I mentioned above, “sit uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter*”. In other words, Wilson J. at p. 1197 refused to use one part of the Constitution to interfere with rights protected by a different part of that same document: “It was never intended, in my opinion, that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution. . . .”

pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis confédéral». Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30*, à la p. 1198. Cela était vrai indépendamment du fait que ce financement inégal pourrait, comme je l'ai déjà mentionné, «s'accorde[r] mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte*». Autrement dit, le juge Wilson a refusé, à la p. 1197, de se servir d'une partie de la Constitution pour empiéter sur des droits protégés par une autre partie du même document: «À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution . . .».

39 Following the same line of reasoning used by Wilson J. in the *Reference Re Bill 30*, I find that public funding for the province's separate schools cannot form the basis for the appellants' *Charter* claim.

En suivant le même raisonnement que le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, je conclus que le financement public des écoles séparées de la province ne saurait justifier la revendication des appelants fondée sur la *Charte*.

(b) The Appellants' Section 15(1) Claims and Public Schools

b) Les revendications des appelants fondées sur le par. 15(1) et les écoles publiques

40 The appellants advanced a further argument which was that, even assuming that Roman Catholic separate schools are given a privileged place in our constitutional scheme, public schools are given no such protection. According to this argument, the fact that the government funds public schools but not private religious schools is analogous to the government funding, for example, private Christian schools but not private Islamic schools. As the reasoning goes, public schools are not a part of the scheme envisioned by s. 93 and are, thus, open to *Charter* challenge.

Les appelants ont avancé un autre argument selon lequel, même en supposant que les écoles catholiques romaines séparées occupent une place privilégiée dans notre régime constitutionnel, les écoles publiques ne jouissent pas d'une telle protection. Suivant cet argument, le fait que le gouvernement finance les écoles publiques, mais non les écoles confessionnelles privées, est analogue au fait que le gouvernement finance, par exemple, les écoles chrétiennes privées mais non les écoles islamiques privées. D'après ce raisonnement, les écoles publiques ne font pas partie du régime envisagé par l'art. 93 et peuvent donc faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*.

41 In my view, this argument is mistaken in supposing that public schools are not contemplated by the terms of s. 93, as it applies to Ontario. On the contrary, the public school system is an integral part of the s. 93 scheme. When the province funds public schools, it is, in the words of Wilson J. in *Reference Re Bill 30*, at p. 1198, legislating “pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise”. A closer examination

À mon avis, cet argument suppose à tort que les écoles publiques ne sont pas prévues par le texte de l'art. 93, tel qu'il s'applique à l'Ontario. Au contraire, le système d'écoles publiques fait partie intégrante du régime prévu par l'art. 93. Lorsque la province finance des écoles publiques, elle légifère, pour reprendre les termes du juge Wilson à la p. 1198 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, «conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législa-

of s. 93, in particular s. 93(1), as it applies to the province of Ontario, will help to illustrate that the public school system is impliedly, but nonetheless clearly, contemplated by the terms of that section.

In order to claim the protection of s. 93, it must be shown that there was a right or privilege with respect to denominational schooling which was enjoyed by a class of persons, by law, at the time of union. See *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, at p. 582. Thus, for Ontario, s. 93(1) requires an examination of the law as it stood in 1867, with regard to denominational schooling. As Wilson J. said in *Reference Re Bill 30*, at pp. 1177-78, "Our task therefore is to examine the laws in force prior to Confederation to see what rights or privileges they gave". In the words of Gonthier J., in *Reference re Education Act (Que.)*, *supra*, at p. 539, "[Section 93] is in a sense a snapshot of the legislative situation in 1867".

An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, c. 5 (*Scott Act*), was the last piece of legislation relating to denominational schools in Upper Canada enacted before Confederation. In essence, what this legislation did was to define the rights and privileges of Roman Catholic separate schools in terms of the rights and privileges of the province's common schools. The preamble reads:

WHEREAS it is just and proper to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights which they formerly enjoyed in respect to separate Schools, and to bring the provisions of the Law respecting Separate Schools more in harmony with the provisions of the Law respecting Common Schools... [Emphasis added.]

This close linkage between the separate and public schools was made most clearly through s. 7 which gave the separate school trustees "all the powers in

tives provinciales dans le cadre du compromis confédéral». Un examen plus approfondi de la façon dont l'art. 93, et plus particulièrement le par. 93(1), s'applique à la province d'Ontario aidera à montrer que le régime d'écoles publiques est implicitement, mais néanmoins clairement, prévu par le texte de cette disposition.

Pour revendiquer la protection de l'art. 93, il faut démontrer qu'une catégorie de personnes jouissait, en vertu de la loi, lors de l'Union, d'un droit ou d'un privilège relativement aux écoles confessionnelles. Voir *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, à la p. 582. Ainsi, dans le cas de l'Ontario, le par. 93(1) exige un examen de l'état du droit en 1867, relativement aux écoles confessionnelles. Comme le juge Wilson l'affirme à la p. 1178 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, «[n]otre tâche donc consiste à examiner les lois en vigueur avant la Confédération, afin de découvrir quels droits ou privilèges elles conféraient». Pour reprendre les termes du juge Gonthier, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, à la p. 539, «[l'article 93] prend en quelque sorte un cliché instantané de la situation législative en 1867».

L'Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. prov. C. 1863, ch. 5 (*Loi Scott*), a été la dernière loi adoptée dans le Haut-Canada, avant la Confédération, relativement aux écoles confessionnelles. Essentiellement, elle définissait les droits et privilèges des écoles catholiques romaines séparées en fonction des droits et privilèges des écoles communes de la province. Le préambule se lit ainsi:

CONSIDÉRANT qu'il est juste et opportun de réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées dont ils jouissaient autrefois, et d'établir une plus grande uniformité entre les lois qui règlent les écoles séparées et celles des écoles communes... [Je souligne.]

Ce lien étroit entre les écoles séparées et les écoles publiques a été établi très clairement au moyen de l'art. 7 qui conférait aux syndics des écoles sépa-

42

43

respect of Separate Schools, that the Trustees of Common Schools have and possess under the provisions of the Act relating to Common Schools” and through s. 9 which gave the separate school trustees all “the same duties . . . as Trustees of Common Schools”. Section 20 of the *Scott Act* required that separate schools receive a proportionate share of the funds annually granted by the legislature to support the common schools. Even the qualification of separate school teachers was to be determined according to the same standards used in the public schools. In *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King*, [1928] A.C. 363 (P.C.), at p. 387, Viscount Haldane went so far as to say that, in 1867, “[t]he separate school was only a special form of common school. . . .” For a full discussion of the history of separate school legislation in the province see Wilson J.’s discussion in the *Reference Re Bill 30, supra*, at pp. 1176 ff, and Viscount Haldane’s speech in *Tiny, supra*, at pp. 376 ff.

rées «tous les [. . .] pouvoirs à l’égard de ces écoles séparées, que les syndics des écoles communes ont et possèdent en vertu des dispositions de l’acte concernant les écoles communes», et au moyen de l’art. 9 qui conférait aux syndics des écoles séparées tous «les mêmes devoirs [. . .] que les syndics des écoles communes». L’article 20 de la *Loi Scott* exigeait que les écoles séparées reçoivent une part proportionnée des fonds octroyés annuellement par la législature pour le soutien des écoles communes. Même la compétence des enseignants des écoles séparées devait être déterminée selon les mêmes normes que pour ceux des écoles publiques. Dans l’arrêt *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny c. The King*, [1928] A.C. 363 (C.P.), à la p. 387, le vicomte Haldane est allé jusqu’à dire qu’en 1867 [TRADUCTION] «[l]’école séparée était seulement une forme particulière d’école commune. . . .». Pour une analyse complète de l’historique des lois relatives aux écoles séparées dans la province, voir les motifs du juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, aux pp. 1176 et suiv., et les propos du vicomte Haldane dans l’arrêt *Tiny*, précité, aux pp. 376 et suiv.

44

The effect of s. 93(1) is to create what Professor Pierre Carignan, in “La raison d’être de l’article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d’éducation” (1986), 20 *R.J.T.* 375, has called the [TRANSLATION] “constitutionalization mechanism” whereby denominational school rights and privileges created by ordinary legislation are raised to the status of constitutional norms. See *Reference re Education Act (Que.)*, *supra*, at p. 531; *Greater Montreal Protestant School Board*, *supra*, at p. 418. What the relevant pre-Confederation legislation did was to equate the rights and privileges of separate schools to those of public schools. The result is that public schools are part and parcel of s. 93’s comprehensive code. Accordingly, as I noted above, public schools are impliedly but nonetheless clearly within the terms of the regime set up by s. 93.

Le paragraphe 93(1) a pour effet de créer ce que, dans son article intitulé «La raison d’être de l’article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d’éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375, le professeur Pierre Carignan a appelé le «mécanisme de constitutionnalisation» par lequel les droits et les privilèges relatifs aux écoles confessionnelles, qui avaient été créés par une loi ordinaire, sont élevés au rang de normes constitutionnelles. Voir *Renvoi relatif à la Loi sur l’instruction publique (Qué.)*, précité, à la p. 531; *Commission des écoles protestantes du Grand Montréal*, précité, à la p. 418. Les lois pertinentes qui existaient avant la Confédération assimilaient les droits et privilèges des écoles séparées à ceux des écoles publiques. Il en résulte que les écoles publiques font partie intégrante du code complet de l’art. 93. Par conséquent, comme je l’ai déjà souligné, les écoles publiques sont implicitement mais néanmoins clairement visées par le régime établi à l’art. 93.

This inclusion of public schools in the Constitution is consistent with the historical purpose of s. 93. As was explained by the Privy Council in *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, at p. 214, during the negotiations leading up to Confederation, Roman Catholic separate school supporters expressed concern that the existing public school system, open as it was to children of all races and religions, could not meet the needs of the Roman Catholic community:

They regarded it as essential that the education of their children should be in accordance with the teaching of their Church, and considered that such an education could not be obtained in public schools designed for all the members of the community alike, whatever their creed. . . .

Thus, when separate school supporters were negotiating the terms of s. 93, they were negotiating against the back-drop of the existing common school system. The hallmark of these common schools was that they were not organized (in the relevant legislation) along denominational lines and were, therefore, open to all members of the community without distinction, (with the exception of those for whom a separate school had been established). As Professor Carignan says, at p. 428, [TRANSLATION] “[i]n the context of public education, the structures set up by Parliament itself are designed for children of all beliefs and all races”. As Wilson J. pointed out in *Reference Re Bill 30*, *supra*, at p. 1193, at the time s. 93 was being negotiated, it was assumed that publicly funded non-denominational schools would always be a part of the political landscape:

The security afforded the Roman Catholic minority through the tying of funding for its schools to a proportion of the funding for the common schools was in the certainty that the Legislature would never cut off funding for the common schools.

At the time of Confederation, Roman Catholic parents could choose to support either the local separate schools or the local common schools. Section 14 of the *Scott Act* lays out the registration procedure to be followed. If a parent chose to reg-

45
Cette inclusion des écoles publiques dans la Constitution est compatible avec l’objectif historique de l’art. 93. Comme le Conseil privé l’a expliqué dans l’arrêt *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, à la p. 214, durant les négociations qui ont abouti à la Confédération, les tenants des écoles catholiques romaines séparées ont exprimé la crainte que le régime d’écoles publiques de l’époque, qui était accessible aux enfants de toutes les races et de toutes les religions, ne puisse pas répondre aux besoins de la communauté catholique romaine:

[TRADUCTION] Ils jugeaient essentiel que l’éducation de leurs enfants soit conforme à l’enseignement de leur Église, et ils considéraient qu’une telle éducation ne pouvait pas être acquise dans des écoles publiques destinées à tous les membres de la collectivité de la même façon, quelle que soit leur foi . . .

Ainsi, lorsque les tenants des écoles séparées négociaient les conditions de l’art. 93, ils négociaient avec en arrière-plan le régime existant d’écoles communes. Ces écoles se distinguaient par le fait qu’elles n’étaient pas organisées (dans la loi pertinente) en fonction de leur caractère confessionnel et qu’elles étaient donc accessibles à tous les membres de la collectivité sans distinction (sauf aux personnes pour qui une école séparée avait été constituée). Comme l’affirme le professeur Carignan, à la p. 428, «[d]ans le cadre de l’enseignement public, les structures que le législateur érige lui-même sont affectées au service des enfants de toutes les croyances et de toutes les races». Comme le souligne le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, à la p. 1193, à l’époque où on négociait l’art. 93, on supposait que les écoles publiques non confessionnelles feraient toujours partie du décor politique:

La garantie accordée à la minorité catholique en liant les fonds affectés à ses écoles à une proportion des fonds affectés aux écoles communes, reposait sur la certitude que le législateur ne cesserait jamais de financer les écoles communes.

46
À l’époque de la Confédération, les parents catholiques romains pouvaient choisir de soutenir soit les écoles séparées locales, soit les écoles communes locales. L’article 14 de la *Loi Scott*, énonce la procédure d’inscription à suivre. Si un

ister as a separate school supporter, then his or her child would be eligible to attend only the local separate school. *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64, s. 27(16). In other words, Roman Catholic parents could choose between two publicly funded educational systems — one Roman Catholic, the other non-denominational. Section 93 gives constitutional protection to this publicly funded choice. Therefore, the public school system is an integral part of the Confederation compromise and, consequently, receives a protection against constitutional or *Charter* attack.

47 This protection exists despite the fact that public school rights are not themselves constitutionally entrenched. It is the province's plenary power to legislate with regard to public schools, which are open to all members of society, without distinction, that is constitutionally entrenched. This is what creates the immunity from *Charter* scrutiny. To paraphrase Wilson J., in *Reference Re Bill 30, supra*, at p. 1198, funding for public schools is insulated from *Charter* attack as legislation enacted pursuant to the plenary education power granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. If the plenary power is so insulated, then so is the proper exercise of it.

48 One thing should, however, be made clear. The province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit, subject to the restrictions relating to separate schools imposed by s. 93(1). Section 93 grants to the province of Ontario the power to legislate with regard to public schools and separate schools. However, nothing in these reasons should be taken to mean that the province's legislative power is limited to these two school systems. In other words, the province could, if it so chose, pass legislation extending funding to denominational schools other than Roman Catholic schools without infringing the rights guaranteed to Roman Catholic separate schools under s. 93(1). See the

parent choisissait de s'inscrire comme un tenant des écoles séparées, son enfant ne pouvait alors fréquenter que l'école séparée locale. *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, ch. 64, par. 27(16). En d'autres termes, les parents catholiques romains avaient le choix entre deux régimes d'enseignement public — l'un catholique romain, l'autre non confessionnel. L'article 93 accorde une protection constitutionnelle à ce choix d'enseignement public. C'est pourquoi le régime d'écoles publiques fait partie intégrante du compromis confédéral et est donc protégé contre toute contestation fondée sur la Constitution ou la *Charte*.

Cette protection existe même si les droits relatifs aux écoles publiques ne sont pas eux-mêmes constitutionnalisés. C'est le pouvoir absolu de la province de légiférer relativement aux écoles publiques, qui sont accessibles à tous les membres de la société, sans distinction, qui est constitutionnalisé, d'où l'immunité contre tout examen fondé sur la *Charte*. Pour paraphraser le juge Wilson, à la p. 1198 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, une loi sur le financement des écoles publiques est à l'abri de toute contestation fondée sur la *Charte* en tant que loi adoptée conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis confédéral. Si le pouvoir absolu est à l'abri d'une telle contestation, son exercice légitime l'est aussi.

Cependant, une chose doit être claire. La province demeure libre d'exercer, comme elle l'entend, son pouvoir absolu en matière d'éducation, sous réserve des restrictions relatives aux écoles séparées imposées par le par. 93(1). L'article 93 confère à la province d'Ontario le pouvoir de légiférer relativement aux écoles publiques et aux écoles séparées. Cependant, on ne devrait pas interpréter les présents motifs comme signifiant que le pouvoir législatif de la province est limité à ces deux régimes scolaires. En d'autres termes, la province pourrait, si elle le désirait, adopter une loi prévoyant le financement d'écoles confessionnelles autres que les écoles catholiques romaines, sans porter atteinte aux droits garantis aux écoles

words of Gonthier J., writing for the Court, in *Reference re Education Act (Que.)*, *supra*, at p. 551. However, an ability to pass such legislation does not amount to an obligation to do so. To emphasize, s. 93 defines the extent of the obligations of the province to set up and fund denominational schools when public schools are established. In this respect, it is a comprehensive code thereby excluding a different or broader obligation regarding denominational schools, while not restricting the plenary power of the province to establish and fund such other schools as it may decide.

Furthermore, it should be pointed out that all of this is not to say that no legislation in respect of public schools is subject to *Charter* scrutiny, just as this court's ruling in *Reference Re Bill 30* did not hold that no legislation in respect of separate schools was subject to *Charter* scrutiny. Rather, it is merely the fact of their existence, the fact that the government funds schools which are, in the words of the Lord Chancellor, in *Brophy*, *supra*, at p. 214, "designed for all the members of the community alike, whatever their creed" that is immune from *Charter* challenge. Whenever the government decides to go beyond the confines of this special mandate, the *Charter* could be successfully invoked to strike down the legislation in question.

For these reasons, I find that the funding of public schools coupled with the non-funding of private religious schools is immune from *Charter* attack and therefore does not violate s. 15(1) of the *Charter*.

(c) School Health Support Services

With regard to the question of whether any of the appellants have standing to challenge the SHSSP, I agree with the reasons of Weiler J.A. While the record does not show that either Matan Kezwer or Joel Pott would be eligible for the SHSSP if they were enrolled in a public school,

catholiques romaines séparées en vertu du par. 93(1). Voir les propos tenus, au nom de la Cour, par le juge Gonthier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, à la p. 551. Cependant, la capacité d'adopter une telle loi n'équivaut pas à l'obligation de le faire. Je souligne que l'art. 93 définit l'étendue des obligations de la province de constituer et de financer des écoles confessionnelles lorsqu'il existe des écoles publiques. À cet égard, il établit un code complet, ce qui a pour effet d'exclure une obligation différente ou plus large concernant les écoles confessionnelles, tout en ne limitant pas le pouvoir absolu de la province de constituer et de financer d'autres écoles de son choix.

En outre, il y a lieu de souligner que tout cela ne veut pas dire qu'aucune loi relative aux écoles publiques n'est assujettie à l'examen fondé sur la *Charte*, tout comme notre Cour, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, n'a pas conclu qu'aucune loi relative aux écoles séparées n'était assujettie à un tel examen. C'est plutôt simplement le fait qu'elles existent, le fait que le gouvernement finance des écoles qui sont, pour reprendre les termes du lord chancelier dans *Brophy*, précité, à la p. 214, [TRADUCTION] «destinées à tous les membres de la collectivité de la même façon, quelle que soit leur foi», qui échappe à toute contestation fondée sur la *Charte*. Chaque fois que le gouvernement décide d'aller au-delà de ce mandat particulier, il serait possible d'invoquer avec succès la *Charte* pour faire annuler la loi en question.

Pour ces motifs, je conclus que le financement des écoles publiques, conjugué au non-financement des écoles confessionnelles privées, échappe à toute contestation fondée sur la *Charte* et ne viole donc pas le par. 15(1) de la *Charte*.

c) Les services de santé pour enfants d'âge scolaire

Quant à la question de savoir si l'un ou l'autre des appelants a qualité pour contester le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, je souscris aux motifs du juge Weiler de la Cour d'appel. Bien qu'il ne ressorte pas du dossier que Matan Kezwer ou Joel Pott seraient

49

50

51

Walter Elgersma is “in a different category”. A government witness, Ms. Spalding-Martin, acknowledged that the health services Walter requires are eligible for funding under the SHSSP. For these reasons, it is my view that Leo Elgersma, as Walter’s father, should be granted standing to challenge the SHSSP.

admissibles au programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire s’ils étaient inscrits à une école publique, Walter Elgersma se trouve «dans une catégorie différente». Un témoin du gouvernement, M^{me} Spalding-Martin, a reconnu que les services de santé dont Walter a besoin sont admissibles au financement en vertu du programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire. Pour ces motifs, je suis d’avis que Leo Elgersma, en tant que père de Walter, devrait avoir qualité pour contester le programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire.

52

In 1980, the *Education Act* was amended by Bill 82 which laid the foundation for the SHSSP. The purpose of the Bill was to ensure universal access to public education. The Minister of Education emphasized this goal of accessibility to the public schools:

En 1980, la *Loi sur l’éducation* a été modifiée par le projet de loi 82 qui a jeté les bases du programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire. Le projet de loi avait pour but de garantir un accès universel à l’enseignement public. Le ministre de l’Éducation a insisté sur cet objectif d’accessibilité aux écoles publiques:

This bill does two things. First, the basis of universal access contained within the bill guarantees the right of all children, condition notwithstanding, to be enrolled in a school. No longer will retarded children be enrolled after an assessment procedure established in law which has in fact denied universality of access. [*Legislature of Ontario Debates*, 4th sess., 31st parl., May 23, 1980, p. 2135, per Hon. B. Stephenson, Minister of Education.]

[TRADUCTION] Le présent projet de loi réalise deux choses. Premièrement, les bases de l’accès universel que contient le projet de loi garantissent le droit à tous les enfants, sous réserve de certaines conditions, d’être inscrits à une école. Les enfants atteints de déficience mentale ne seront plus inscrits à la suite d’une procédure d’évaluation établie par la loi qui, en fait, refusait l’accès universel. [*Débats de l’Assemblée législative de l’Ontario*, 4^e sess., 31^e législature, 23 mai 1980, p. 2135, l’hon. B. Stephenson, ministre de l’Éducation.]

In addition to the provision for the SHSSP, this legislation included a requirement that every school board provide special education programs for all children who could benefit, including those with intellectual, communication, behavioural and physical disabilities.

En plus de la disposition relative au programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire, cette loi exigeait que chaque conseil scolaire offre des programmes d’enseignement à l’enfance en difficulté à tous les enfants qui pourraient en bénéficier, y compris ceux qui sont atteints de déficience intellectuelle ou physique, ou qui ont des problèmes de communication ou de comportement.

53

The SHSSP was implemented through s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6. In essence, this regulation provides that certain health-related services provided by a “home care

Le programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire a été implanté au moyen de l’art. 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en application de l’art. 45 de la *Loi sur l’assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6. Essentiellement, ce règlement prévoit que certains services de santé fournis par un [TRADUCTION] «établissement de soins à domicile»

facility” to children in public and separate schools are publicly insured services.

With respect to whether the failure to extend the SHSSP to private religious schools violates either s. 2(a) or s. 15(1) of the *Charter*, I am in agreement with Dubin C.J.’s resolution of the matter. He characterized the services as “education services” as opposed to “health services”. It is true, as the Elgersma appellants maintain, that catheterization does not look much like an educational service. However, it is necessary to look at the context in which these services are provided. The services are delivered in the public schools. They are designed to ensure that children with special needs have full access to the public school system whose constitutionally protected purpose is to provide education to all members of the community. This purpose is made clear in the speech of the Minister of Education, quoted above. Put another way, the provision of the health services to those qualified is simply a means to an end, a way to ensure access to education. Therefore, the SHSSP is simply a manifestation of the Ontario government’s fulfilling its mandate to provide an education designed for all members of the community and is, thus, immune from *Charter* scrutiny.

Accordingly, I would dismiss the appeal and answer the stated constitutional questions as follows:

1. No.
- 2(a). No.
- 2(b). No.
3. Not necessary to answer.
- 4(a). No.
- 4(b). No.
5. Not necessary to answer.

aux enfants qui fréquentent des écoles publiques ou des écoles séparées constituent des services assurés par l’État.

Quant à la question de savoir si l’omission d’étendre le programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire aux écoles confessionnelles privées viole l’al. 2a) ou le par. 15(1) de la *Charte*, je suis d’accord avec la solution retenue par le juge en chef Dubin. Il a qualifié ces services de «services d’enseignement» par opposition à des «services de santé». Il est vrai, comme le maintiennent les appelants du groupe Elgersma, que le cathétérisme ne ressemble pas beaucoup à un service éducatif. Cependant, il faut tenir compte du contexte dans lequel ces services sont fournis. Les services sont offerts dans les écoles publiques. Ils visent à garantir que des enfants qui ont des besoins particuliers aient pleinement accès au régime d’écoles publiques, dont l’objectif protégé par la Constitution est d’offrir un enseignement à tous les membres de la collectivité. Cet objectif ressort clairement du discours précité du ministre de l’Éducation. Autrement dit, la prestation de services de santé à ceux qui sont admissibles constitue simplement un moyen de réaliser une fin, une façon de garantir l’accès à l’enseignement. Par conséquent, le programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire montre simplement que le gouvernement de l’Ontario remplit son mandat d’offrir un enseignement conçu pour tous les membres de la collectivité, et il échappe ainsi à tout examen fondé sur la *Charte*.

En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles formulées:

1. Non.
- 2a). Non.
- 2b). Non.
3. Il n’est pas nécessaire d’y répondre.
- 4a). Non.
- 4b). Non.
5. Il n’est pas nécessaire d’y répondre.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

56 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal raises the question of whether the provincial scheme — which denies funding to independent denominational schools established by parents who, for religious reasons, are unable to educate their children in the public schools — violates the freedom of religion and equality guarantees in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le régime provincial — qui refuse de financer des écoles confessionnelles indépendantes établies par des parents qui, pour des motifs religieux, ne sont pas en mesure de faire éduquer leurs enfants dans les écoles publiques — viole la liberté de religion et les garanties à l'égalité contenues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

57 I have had the advantage of reading my colleagues' reasons. I am in agreement with Justice McLachlin that s. 93 of the *Constitution Act, 1867* does not provide an answer to the appellants' *Charter* claim. While s. 93 requires the provinces of Ontario and Quebec to provide funding for schools serving the Roman Catholic and Protestant minorities, respectively, this is the only school support which is constitutionally guaranteed under that section. Where provinces otherwise exercise their plenary powers to provide education, they must, subject to this requirement, comply with the *Charter*.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues; je suis d'accord avec Madame le juge McLachlin que l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constitue pas une réponse à la revendication des appelants fondée sur la *Charte*. L'article 93 exige des provinces d'Ontario et de Québec qu'elles financent respectivement les écoles des minorités catholiques et protestantes, mais c'est la seule forme de financement scolaire que garantit cet article. Lorsque les provinces exercent leurs pleins pouvoirs en matière d'éducation, elles doivent, sous réserve de cette exigence, se conformer avec la *Charte*.

58 I also agree with McLachlin J.'s reasons which find that the failure to fund the independent religious schools does not constitute a limit on the guarantee of freedom of religion. Given the exemption from public education included in its s. 21, the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, does not compel the appellants to violate the tenets of their religion with respect to education. The burden complained of by the appellants, viz. the cost of sending their children to private schools, being not a prohibition of a religious practice but rather the absence of funding for one, has not historically been considered a violation of the freedom of religion. While these parents do bear a cost which is not imposed on parents who can send their children to public schools, this lack of benefit is more appropriately addressed under s. 15 of the *Charter*, the equality guarantee.

Je suis également d'accord avec Madame le juge McLachlin qui estime que le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes ne constitue pas une atteinte à la garantie de liberté de religion. Comme la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, en vertu de l'exemption prévue à son art. 21, dispense de la fréquentation des écoles publiques, elle ne contraint pas les appelants à violer les préceptes de leur religion en matière d'éducation. Le fardeau dont se plaignent les appelants — le coût de l'éducation de leurs enfants dans des écoles privées — ne constituant pas une interdiction de pratique religieuse mais plutôt une absence de financement à ce chapitre, n'a jamais été considéré comme une violation de la liberté de religion. Bien que les parents qui se trouvent dans cette situation doivent assumer un coût qui n'est pas imposé aux parents qui peuvent envoyer leurs enfants dans des écoles publiques, il est plus approprié d'examiner cette absence de bénéfice sous l'angle de l'art. 15 de la *Charte*, la garantie à l'égalité.

I, like McLachlin J., do find that the denial of funding to independent denominational schools effects a *prima facie* violation of s. 15, albeit following a different route. Where I depart most significantly from the reasons of McLachlin J. is in my finding that the funding scheme in the *Education Act* cannot be saved under s. 1, and, accordingly, I cannot agree with the result she reaches on that issue.

On the other hand, this analysis leads me also to find that a denial of health support services for children with disabilities who attend the independent religious schools is impermissible under s. 1, and, consequently, I do agree with the result on this issue which was reached by McLachlin J.

I. Does Denial of Funding to Independent Denominational Schools Constitute a *Prima Facie* Breach of Section 15 of the *Charter*?

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171 and at pp. 174-75, McIntyre J. for the court gave this definition of what constitutes discrimination:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component.

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while

À l'instar de Madame le juge McLachlin, j'estime que le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes constitue une violation *prima facie* de l'art. 15, quoique pour des motifs différents. Là où je diffère d'opinion de façon plus substantielle avec ma collègue, c'est dans ma conclusion que le régime de financement prévu à la *Loi sur l'éducation* ne saurait se justifier en vertu de l'article premier et, en conséquence, je ne peux être d'accord avec le résultat auquel elle en arrive sur cette question.

Cette analyse m'amène par ailleurs à conclure que le non-financement des services de santé pour enfants handicapés qui fréquentent des écoles confessionnelles indépendantes est interdit en vertu de l'article premier, et, en conséquence, je souscris au résultat auquel arrive Madame le juge McLachlin sur cette question.

I. Le non-financement d'écoles confessionnelles indépendantes constitue-t-il une violation *prima facie* de l'art. 15 de la *Charte*?

Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 171, 174 et 175, le juge McIntyre, au nom de la Cour, définit comme suit la discrimination:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un

59

60

61

those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

62 In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, I developed an approach to interpreting and applying the equality guarantee of the *Charter* which had the primary objective of giving effect to its purpose, that is, the elimination of discrimination, as opposed to focusing on the enumerated or analogous grounds of the provision. I was concerned that, by focusing on the grounds, we risked ignoring state action which, given its impact on a particular group, would effect or encourage inequality in the surrounding socio-economic context. I advocated "putting 'discrimination' first", at para. 55, through the following principled, three-stage method of analysis:

In my view, for an individual to make out a violation of their rights under s. 15(1) of the *Charter*, he or she must demonstrate the following three things:

- (1) that there is a legislative distinction;
- (2) that this distinction results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group;
- (3) that this distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15.

63 In elaborating the content of the third stage of the analysis I also found, at para. 56, that:

A distinction is discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. This examination should be undertaken from a subjective-objective perspective: i.e. from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member.

groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, j'ai élaboré une méthode pour interpréter et appliquer le droit à l'égalité garanti par la *Charte*; cette méthode visait avant tout à réaliser son objectif, c'est-à-dire l'élimination de la discrimination, plutôt que de mettre l'accent sur les motifs énumérés ou les motifs analogues. Je craignais qu'en mettant l'accent sur les motifs nous ne prenions le risque de ne pas tenir compte de mesures prises par l'État qui, par leur effet sur un groupe particulier, entraîneraient ou favoriseraient une inégalité dans le contexte socio-économique existant. J'ai suggéré, au par. 55, que la «discrimination [soit placée] au premier plan» dans le cadre d'une méthode d'analyse fondée sur des principes, comportant les trois étapes suivantes:

À mon avis, pour établir que les droits qui lui sont garantis par le par. 15(1) de la *Charte* ont été violés, un particulier doit faire la preuve des trois éléments suivants:

- (1) la loi crée une distinction;
- (2) cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable;
- (3) cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15.

Élaborant sur le contenu de la troisième étape de l'analyse, j'ai été d'avis, au par. 56, que:

Une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Cette analyse devrait être effectuée suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit.

Furthermore, in determining whether discrimination has occurred, it is necessary to reconstruct the context in which the distinction arises. Two categories of factors prove particularly instructive: (1) the nature of the group adversely affected by the distinction, and (2) the nature of the interest adversely affected by the distinction. Where the group identified by the distinction is socially vulnerable and delineated by characteristics which are popularly conceived of as fundamental to personhood, the distinction is more likely to be considered discriminatory. Where the interest involves an economic benefit, protection of the right to the benefit must be incidental to protection of the worth and dignity of a human person. (See *Egan*, *supra*, at paras. 58 to 65.)

An evaluation of the interest at stake must, however, reach beyond economic prejudice to the constitutional and societal significance of the interest or interests adversely affected. Distinctions which restrict access to a fundamental social institution or affect an aspect of full membership in Canadian society are more likely to constitute discrimination. Also, as I concluded in *Egan*, *supra*, at para. 64:

It stands to reason that a group's interests will be more adversely affected in cases involving complete exclusion or non-recognition than in cases where the legislative distinction does recognize or accommodate the group, but does so in a manner that is simply more restrictive than some would like. [Emphasis in original.]

In the end, the distinction must be shown to violate a basic right to equal human dignity and worth in the context of both the nature of the group and the interest. This approach is primarily effects-oriented in its contextual determination of the impact of the legislation in question on a particular group. Inherent in this model is a recognition of the importance of adverse impact discrimination in our present-day society, which, as my colleagues Justices Sopinka and McLachlin have stated, is a principle which has been clearly recognized by this Court. (See *Egan*, *supra*, at para. 78.)

En outre, pour déterminer s'il y a eu discrimination, il est nécessaire de reconstituer le contexte dans lequel se présente la distinction. Deux catégories de facteurs sont tout particulièrement instructifs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. Dans le cas où le groupe visé par la distinction est vulnérable sur le plan social et délimité par des caractéristiques qui sont généralement perçues comme fondamentales à la personnalité, cette distinction sera plus susceptible d'être considérée comme discriminatoire. Dans le cas où le droit vise un avantage économique, la protection du droit à cet avantage doit se rattacher à la protection de la valeur et de la dignité de la personne. (Voir *Egan*, précité, aux par. 58 à 65.)

Cependant, dans la détermination du droit en cause, il faut aller au-delà du préjudice économique et mesurer l'importance, sur le plan de la Constitution et de la société, du droit ou des droits auxquels il a été porté atteinte. Les distinctions qui restreignent l'accès à une institution sociale fondamentale ou compromettent un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne sont plus susceptibles d'être discriminatoires. De plus comme je l'ai conclu dans *Egan*, précité, au par. 64:

On peut penser que les droits du groupe qui est complètement exclu ou ignoré seront touchés plus gravement que si la distinction législative reconnaît ou accommode effectivement le groupe, de façon cependant plus limitée que certains le souhaiteraient. [Souligné dans l'original.]

En fin de compte, il faut établir que la distinction porte atteinte à un droit fondamental à l'égalité dans la dignité et la valeur de la personne, à la fois dans le contexte de la nature du groupe et du droit touché. Cette démarche est principalement axée sur les effets lorsqu'elle examine dans son contexte l'incidence de la loi en question sur un groupe particulier. Ce modèle reconnaît en soi l'importance de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans notre société moderne; ce principe, comme l'ont indiqué mes collègues les juges Sopinka et McLachlin, a clairement été reconnu par notre Cour. (Voir *Egan*, précité, au par. 78.)

66 Our initial tasks involve determining, first, whether a distinction is created by the legislation between the appellants and others in the surrounding social context; and second, whether this distinction results in the denial of one of the claimants' four basic equality rights on the basis of their membership in an identifiable group. The basic equality guarantees include: equality before the law, equality under the law, equal protection of the law, and equal benefit of the law.

67 In the *Education Act* scheme, parents have three choices in undertaking the mandatory education of their children: enrollment in Roman Catholic religious schools, in the public schools, or, if for some reason, the parents cannot or do not want to send their children to these schools, in an alternative educational environment which the state considers a satisfactory substitute. In the first two options, the costs of the children's education are paid by the state. Under the third option, parents provide for their children's education at their own expense.

68 The distinction affecting the appellants arises in regard to the third option. For some parents who make this choice, membership in an identifiable group is not a factor; theirs is truly an individual preference. For these parents the public education system is accessible without discrimination, as it is to those who choose the first two options. For others, including the appellants in this case, membership in an identifiable group precludes their accessing the other, publicly funded, options. Evidence submitted by the appellants and accepted by the trial judge establishes that to remain a member of the particular religious communities in question, and to act in accordance with the tenets of these faiths, the appellants are required to educate their children in a manner consistent with this faith and therefore outside of the public or the separate schools. Also established by the appellants' evidence according to the judgment of first instance was the finding that control over the education of their children was essential to the continuation of the religious communities in question. None of the

Il nous faut tout premièrement déterminer si la loi crée une distinction entre les appelants et d'autres personnes dans le contexte social en cause et, deuxièmement, si cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable. Ces garanties fondamentales à l'égalité comprennent l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, l'égalité de bénéfice et la protection égale de la loi.

Dans le régime créé en vertu de la *Loi sur l'éducation*, les parents ont trois choix relativement à l'éducation obligatoire de leurs enfants: les inscrire dans des écoles confessionnelles catholiques romaines, dans des écoles publiques ou encore dans une école parallèle que l'État considère comme satisfaisante lorsque les parents ne peuvent ou ne veulent pas, pour une raison ou pour une autre, envoyer leurs enfants dans les deux premiers types d'écoles. Dans le cas des deux premières options, l'État assume les coûts de l'éducation des enfants. Dans la troisième, ce sont les parents qui assument ces coûts.

La distinction qui touche les appelants en l'espèce correspond à la troisième option. Pour certains parents qui retiennent cette option, l'appartenance à un groupe identifiable n'est pas un facteur, leur choix constituant vraiment une préférence personnelle. Le système d'instruction publique leur est accessible sans distinction, tout comme il l'est à ceux qui choisissent les deux premières options. Pour d'autres, et j'inclus dans ce groupe les appelants en l'espèce, l'appartenance à un groupe identifiable les empêche d'envisager les autres options financées par le trésor public. Selon la preuve que les appelants ont présentée et que le juge de première instance a acceptée, pour continuer à faire partie des communautés religieuses particulières ici en cause et pour se conformer aux préceptes de leur foi, les appelants doivent faire instruire leurs enfants d'une manière compatible avec leur foi et en conséquence à l'extérieur du système des écoles publiques ou des écoles séparées. Par ailleurs, selon la décision du juge de première instance, la preuve déposée par les appelants permet également

parties before our court has contested the *bona fides* of the religious beliefs held by the appellants.

While the legislature may not have intended to create this distinction, the effect of the legislative choice is to distinguish between parents who can access the public schools, and those, like the appellants, who cannot, for religious reasons. This distinction results in the total denial of the equal benefit of funded education for the appellants on the basis of their membership in an identifiable group, a group made up of small religious minority communities.

My colleague, Sopinka J., finds that the religions of the appellants cause the denial of the benefit as opposed to the legislation. Adopting the judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 1, as delivered by Dubin C.J., he concludes that the legislature has created an education system which, owing to its secular nature, accommodates all parents of all religious beliefs. In the view of Sopinka J., it is the religion of the appellants which precludes their access to this publicly funded service, a religion which the appellants have chosen freely without state coercion. McLachlin J. presents the differing view, that the chosen aspect of religion does not have a part to play in determining whether discrimination has taken place. In her opinion, if state action which discriminates on the basis of religion can be excused on the grounds that religion is a choice, and that the individuals may choose to avoid the negative impact which arises from the state's response to their religious identity, discrimination on the basis of religion will become an empty concept. I agree.

While I stated in *Egan, supra*, that the degree of choice which a person may be expected to have in identifying with a particular group will be relevant to our determination, this analysis must be undertaken from the subjective-objective perspective which I have outlined above. We must determine

de conclure que le contrôle sur l'éducation des enfants est essentiel à la survie des communautés religieuses en question. Aucune des parties devant notre Cour n'a contesté le caractère *bona fide* des croyances religieuses des appelants.

Bien que la législature n'ait peut-être pas voulu créer cette distinction, le choix qu'elle a arrêté a pour effet d'établir une distinction entre les parents qui peuvent avoir accès au système d'écoles publiques et ceux qui, comme les appelants, ne peuvent y avoir accès pour des motifs religieux. Cette distinction entraîne pour les appelants une négation totale du droit au même bénéfice de l'éducation financée du fait qu'ils appartiennent à un groupe identifiable — un groupe composé de petites communautés religieuses minoritaires.

Mon collègue le juge Sopinka est d'avis que c'est en raison de leur religion et non de la loi en cause que les appelants sont privés du bénéfice en question. Se fondant sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 1, prononcé par le juge en chef Dubin, le juge Sopinka conclut que la législature a créé un système d'éducation qui, à cause de son caractère laïque, répond aux besoins de tous les parents, quelle que soit leur foi. Selon le juge Sopinka, c'est leur religion qui empêche les appelants d'avoir accès à l'éducation financée sur les deniers publics, religion qu'ils ont librement choisie sans contrainte de l'État. Le juge McLachlin, d'un avis différent, estime que le choix de la religion ne joue aucun rôle lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu discrimination. Selon elle, si l'on peut excuser une mesure prise par l'État — qui discrimine pour un motif religieux — sur le fondement que la religion est une question de choix et qu'une personne peut décider d'éviter les répercussions négatives qui découlent de la mesure prise par l'État, la discrimination fondée sur un motif de religion deviendra un concept dénué de sens. Je suis entièrement d'accord.

Bien que j'aie affirmé dans *Egan, précité*, que le degré de choix qu'une personne pourrait avoir pour s'identifier à un groupe particulier sera pertinent dans notre évaluation, il faut entreprendre cette analyse suivant la norme subjective-objective que j'ai déjà exposée. Nous devons déterminer si

69

70

71

whether the individual in question, in the circumstances, would consider him- or herself to have a choice. For members of religious communities, particularly those of the appellants, this is clearly not the case. What might be termed an objective choice of a particular religion from the court's point of view, will, from the religious adherent's perspective, entail a moral imperative. Also, commitment and adherence to the beliefs and practices of one's religion define one's membership in the particular religious community. From the point of view of the community and its members, these are not optional but essential defining features of leading a moral life.

la personne concernée considérerait qu'elle a un choix dans les circonstances. Pour certaines communautés religieuses, notamment celles dont font partie les appelants, ce n'est manifestement pas le cas. Ce que le tribunal pourrait considérer comme un choix objectif d'une religion particulière comportera, du point de vue du pratiquant, un impératif moral. Par ailleurs, le respect des croyances d'une religion et l'adhérence à ses pratiques définissent l'appartenance à une communauté religieuse. Du point de vue de la communauté religieuse et de ses membres, ce ne sont pas là des caractéristiques facultatives, mais bien des caractéristiques essentielles d'une vie morale.

72 While s. 2(a) of the *Charter* is primarily concerned with the necessary limits to be placed on the state in its potentially coercive interference with the original, objectively perceived religious "choice" that individuals make, s. 15 ensures that consequences in behaviour and belief, which flow from this initial choice and are not perceived by the rights claimant as optional, not be impacted upon by state action in such a way as to attack the inherent dignity and consideration which are due all human persons. The protections afforded in s. 15 may thus be of greater scope than those in s. 2(a), as our concern moves from the coercive aspect of the state action to its impact on the individuals' and groups' sense of dignity and worth in the socio-economic context of the day.

Si l'alinéa 2a) de la *Charte* s'intéresse avant tout aux restrictions qu'il faut apporter à une possibilité d'ingérence coercitive de l'État dans le «choix» initial objectif qu'une personne fait de sa religion, l'art. 15, lui, garantit que les conséquences sur le plan du comportement et de la foi — liées à ce choix initial et non considérées comme facultatives par celui qui invoque ces droits — ne seront pas touchées par des mesures prises par l'État d'une façon qui porte atteinte à la dignité et à la considération inhérentes dont il faut faire preuve envers tout être humain. En conséquence, les mécanismes de protection prévus à l'art. 15 pourraient être d'une plus grande étendue que ceux visés à l'al. 2a) du fait que notre préoccupation passe alors de l'aspect coercitif de la mesure prise par l'État à son incidence sur la valeur et la dignité de la personne et du groupe dans le contexte socio-économique du jour.

73 In accordance with its inherent focus on human dignity and worth, s. 15 may require not only that the state program be formally open to all members of society, but also that it include extra steps, or accommodation, to ensure equal access, in real terms, by all members of society to the benefit in question. The principle of accommodation for religious beliefs is well accepted in Canadian human rights law, as evidenced by the case of *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, to which my colleague McLachlin J. refers. This principle has been incorporated into the substantive approach to equality which was

Comme il vise en soi la dignité et la valeur de la personne, l'art. 15 peut exiger non seulement que le programme gouvernemental soit officiellement accessible à tous les membres de la société, mais aussi qu'il prévoie des mesures supplémentaires, ou des adaptations, pour assurer que tous les membres de la société aient réellement un accès égal à l'avantage en question. Comme en témoigne l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, mentionné par ma collègue Madame le juge McLachlin, la jurisprudence canadienne en matière de droits de la personne reconnaît bien le principe

first articulated in *Andrews, supra*, and has remained, in principle, that adopted by the majority of this Court. (See *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan, supra*.)

In *Andrews, supra*, at p. 175, McIntyre J., writing for the majority on this issue, recognized that general principles of human rights law will apply to the interpretation of s. 15 of the *Charter*. Moreover, in developing a definition of discrimination, he referred specifically at p. 173 to the case of *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, which expresses the principle of accommodation as forming a necessary aspect of determining whether facially neutral actions are discriminatory. Professor Peter W. Hogg also asserts that the application of s. 15 of the *Charter* will involve the concept of accommodation, especially given its prohibition of adverse effects discrimination. As he explains in *Constitutional Law of Canada* (vol. 2, 3rd ed. 1992 (Supplemented)), at pp. 52-32 and 52-33 (referring to a point made by Dale Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), at p. 133):

[I]t is a necessary corollary of the rule that discrimination may be indirect and unintended that a law may have to make reasonable accommodation for those who, by reason of religious affiliation or disability (for example), are discriminated against by otherwise neutral laws.

Decisions by this court on the basis of the freedom of religion guarantee in s. 2(a) have also recognized that accommodation or differential treatment may be necessary to avoid indirect coercion under state action. (See *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 347; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.)

de l'accommodement des croyances religieuses. Ce principe a été incorporé dans l'analyse de fond des questions d'égalité, initialement articulée dans *Andrews*, précité, et est demeuré, en principe, celui adopté par notre Cour à la majorité. (Voir *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan*, précité.)

Dans *Andrews*, précité, à la p. 175, le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité sur cette question, a reconnu que les principes généraux des lois sur les droits de la personne s'appliqueront à l'interprétation de l'art. 15 de la *Charte*. Par ailleurs, dans l'établissement d'une définition de la discrimination, le juge McIntyre mentionne explicitement, à la p. 173, l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, qui établit que le principe de l'accommodement constitue un élément nécessaire de la réponse à la question de savoir si une action apparemment neutre est discriminatoire. Le professeur Peter W. Hogg affirme également que l'application de l'art. 15 de la *Charte* fera intervenir le concept de l'accommodement, tout particulièrement quand il interdit la discrimination par suite d'un effet discriminatoire. Comme il l'explique dans *Constitutional Law of Canada* (vol. 2, 3^e éd. augmentée 1992), aux pp. 52-32 et 52-33 (se référant aux propos de Dale Gibson dans *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), à la p. 133):

[TRADUCTION] [L]a règle que la discrimination peut être indirecte et non voulue a nécessairement comme corollaire qu'une loi puisse devoir offrir un accommodement raisonnable à ceux qui, en raison de leur appartenance à une religion ou d'un handicap (par exemple), sont victimes de discrimination en vertu de lois par ailleurs neutres.

Dans ses arrêts sur la garantie de liberté de religion visée à l'al. 2a), notre Cour a aussi reconnu que des accommodements ou un traitement différent pourraient être nécessaires pour éviter une contrainte indirecte découlant d'une mesure prise par l'État. (Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 347; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.)

75

While one might argue that the exemption for religious parents contained in s. 21 of the *Education Act* constitutes the necessary accommodation, in my view, such accommodation addresses the potential coercive aspect of mandatory secular education alone, and thus allows the impugned legislation to meet the requirements of s. 2(a). However, it does not achieve the necessary accommodation required under s. 15 where unequal access to a benefit is involved. In a case of unequal benefit, accommodation will mean taking the steps necessary to ensure access to these parents without discrimination. Given the complete denial of this benefit to those who cannot access it for religious reasons, I conclude that the equal benefit of a publicly funded education has been denied the appellants on the basis of a distinction which relates to their membership in an identifiable group.

76

The final step to take within a s. 15 analysis is to ask whether the distinction is one capable of promoting or perpetuating a view that the appellants are, by virtue of their religious beliefs, less capable or worthy of recognition or value as human beings or members of Canadian society equally deserving of concern, respect, and consideration. As I stated above, in carrying out this final stage of the analysis, consideration must be given to both the nature of the group affected and the nature of the interest. These together make up the all-important social context in which the distinction arises.

77

In *Egan, supra*, at para. 59, I explained that the kinds of questions which arise in the analogous grounds approach to determining whether a particular group comes within the purview of the s. 15 guarantee continue to be instructive in deciding whether the nature of the group supports a finding of discrimination in a particular social context:

Furthermore, it is important to ask ourselves questions such as "Is the adversely affected group already a victim of historical disadvantage?"; "Is this distinction reasonably capable of aggravating or perpetuating that disad-

Bien que l'on puisse soutenir que la dispense que l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation* offre aux parents appartenant à une religion particulière constitue l'accommodement nécessaire, à mon avis, cet accommodement répond uniquement à l'aspect coercitif potentiel de l'enseignement laïque obligatoire et permet en conséquence à la loi attaquée de satisfaire aux exigences de l'al. 2a). Cependant, l'art. 21 n'offre pas l'accommodement nécessaire exigé en vertu de l'art. 15 dans le cas où il y a inégalité de bénéfice. Dans ce cas, l'accommodement emporte l'établissement des mesures qui permettront aux parents en cause de bénéficier d'un accès non discriminatoire à l'éducation. Puisqu'il y a négation complète du bénéfice, en ce qui concerne les personnes privées de ce bénéfice pour des motifs religieux, je conclus que le même bénéfice de l'éducation financée par des fonds publics a été refusé aux appelants pour un motif fondé sur leur appartenance à un groupe identifiable.

Il convient en dernier lieu, dans le cadre de l'art. 15, de se demander si la distinction est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les appelants sont, en raison de leurs croyances religieuses, moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Comme je l'ai déjà mentionné, à cette dernière étape de l'analyse il faut tenir compte de la nature du groupe lésé et de la nature du droit. L'ensemble de ces éléments constitue l'important contexte social dans lequel se situe la distinction.

Au paragraphe 59 de l'arrêt *Egan*, précité, j'ai expliqué que les types de questions que l'on se pose dans le cadre de la méthode des motifs analogues — pour déterminer si un groupe particulier bénéficie de la garantie visée à l'art. 15 — continuent d'être pertinentes lorsque l'on doit décider si la nature du groupe justifie une conclusion de discrimination dans un contexte social particulier:

En outre, nous devons nous poser des questions du genre suivant: «Le groupe lésé est-il déjà victime d'un désavantage historique?» «La distinction est-elle raisonnablement susceptible d'aggraver ou de perpétuer ce

vantage?"; "Are group members currently socially vulnerable to stereotyping, social prejudice, and/or marginalization?"; and "Does this distinction expose them to the reasonable possibility of future social vulnerability to stereotyping, social prejudice and/or marginalization?" Membership in a "discrete and insular minority", lacking in political power and thus susceptible to having its interests overlooked, is yet another consideration that may be taken into account.

While under the grounds-oriented approach to equality these questions would be seen as unnecessary given that religion is an enumerated ground, I find it important to consider them in determining the discriminatory effects of the legislation in question in this appeal. In answering these queries with respect to the appellants' religious communities, it becomes evident that they constitute the quintessential group deserving of protection under s. 15.

The group to which the Adler and Elgersma appellants belong includes religious communities which might be termed minorities-within-minorities. As the appellants claim and the courts below have accepted, these are small religious groups which have attempted to protect their adherents from the assimilating effects of secular society. They have struggled to maintain a space for a lifestyle which is infused with religious belief and practice.

Dissenting minority religious groups have probably suffered most severely from the historic disadvantage which has adhered to religious identity. Examples abound in earlier jurisprudence of this Court. (See *National Trust Co. v. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.*, [1941] S.C.R. 601; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.) In today's secular society, it stands to reason that religious subgroups which have attempted to maintain a non-secular lifestyle are even more vulnerable to stereotype, social prejudice and marginalization.

désavantage?» «Les membres du groupe sont-ils actuellement exposés aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation?» «Du fait de la distinction, risquent-ils d'être exposés dans l'avenir aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation?» L'appartenance à une «minorité discrète et insulaire» dépourvue de tout pouvoir politique et, à ce titre, susceptible de voir ses droits négligés, est un facteur dont on peut également tenir compte.

Malgré que, selon l'approche de l'examen de l'égalité fondée sur les motifs, ces questions puissent être perçues comme inutiles — la religion étant un motif énuméré — j'estime important d'en tenir compte pour déterminer les effets discriminatoires de la loi en cause dans le présent pourvoi. Lorsque l'on répond à ces questions relativement aux communautés religieuses dont font partie les appelants, il devient évident qu'elles constituent le groupe quintessenciel qui mérite d'être protégé en vertu de l'art. 15.

Le groupe auquel appartiennent les appelants Adler et Elgersma comporte des communautés religieuses que l'on pourrait qualifier de minorités à l'intérieur de minorités. Comme le soutiennent les appelants et comme l'ont accepté les tribunaux d'instance, ces communautés sont de petits groupes religieux qui ont tenté de protéger leurs adeptes contre les effets assimilateurs d'une société laïque. Ces communautés luttent pour arriver à maintenir un style de vie imprégné de croyances et de pratiques religieuses.

Les groupes confessionnels minoritaires dissidents sont probablement ceux qui ont le plus sérieusement souffert du désavantage historique rattaché à l'identité religieuse. La jurisprudence de notre Cour regorge d'exemples. (Voir *National Trust Co. c. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.*, [1941] R.C.S. 601; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.) Dans la société laïque moderne, il va de soi que les sous-groupes religieux qui ont tenté de maintenir un style de vie non laïque sont encore plus exposés aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation.

78

79

80

81

These communities also constitute discrete and insular minorities, as their attempts to maintain a religious life leads them to distance themselves somewhat from the secular institutions of the larger society around them. While some may say this is their choice, we must remember that, in evaluating discriminatory effects of state action, we are concerned with its potential impact within the broader societal context. Insularity has become necessary to maintaining the religious lifestyle practised by the appellants by virtue of the powerful economic and other forces of secularization in society. Such insularity clearly carries with it the danger of such a group's interests being overlooked. The questions which I concluded above to be indicative of the vulnerability of a particular group to discrimination would all be answered in the affirmative for the appellants. They constitute a group which is most clearly intended to receive *Charter* protection under s. 15.

82

As for the nature of the interest involved, as I have already stated, financial prejudice alone will not support a finding of discrimination. However, in this case, as in *Egan, supra*, the consequences which flow from the denial of an economic benefit are necessarily incidental to protecting the dignity and value of the appellants. Both of the lower courts accepted the appellants' evidence that education of their children in accordance with religious practices and beliefs was essential to their membership in the religious communities in question as well as to the very survival of these communities. The educational practices of religious communities merit special attention given their necessity to future membership in these faiths. Thus, mandatory, publicly funded state education policies may attract a greater degree of *Charter* scrutiny under s. 15 than other institutions which will not have as great an impact on the continuation of the religious community in question.

Ces communautés constituent également des minorités discrètes et insulaires puisque leur tentative de maintien d'une vie religieuse les amène à s'écarter quelque peu des institutions laïques de l'ensemble de la société autour d'elles. Certains diront que c'est leur choix; cependant, dans l'examen des effets discriminatoires des mesures prises par l'État, il faut se rappeler que c'est l'impact possible de ces mesures sur l'ensemble du contexte social qui nous intéresse. En raison des puissantes forces économiques et autres qui jouent en faveur de la laïcisation dans notre société, les appelants ont dû devenir un groupe insulaire pour maintenir leur style de vie religieux. De toute évidence, cette insularité comporte le risque que soient ignorés les droits d'un tel groupe. Les questions qui, selon ma conclusion, constituent une indication de la vulnérabilité d'un groupe particulièrement susceptible d'être discriminé, doivent toutes recevoir une réponse affirmative en ce qui concerne les appelants. Les appelants constituent, en effet, un groupe que l'art. 15 de la *Charte* visait le plus clairement à protéger.

Quant à la nature du droit touché, comme je l'ai déjà indiqué, le préjudice financier pris isolément ne permettra pas de conclure à la discrimination. Cependant, en l'espèce, comme dans *Egan, précité*, les conséquences qui découlent de la négation d'un bénéfice économique sont nécessairement accessoires à la protection de la dignité et de la valeur des appelants. Les tribunaux de première instance et d'appel ont accepté la preuve des appelants selon laquelle l'éducation de leurs enfants en conformité avec les pratiques et croyances de leur religion constitue un facteur essentiel de leur appartenance aux communautés religieuses concernées et de la survie même de ces communautés. Il y a lieu d'accorder une attention spéciale aux pratiques pédagogiques des communautés religieuses vu qu'elles représentent un aspect nécessaire de l'adhésion future à ces religions. En conséquence, les politiques relatives au système d'éducation publique obligatoire pourraient bien donner lieu à un examen plus poussé en vertu de l'art. 15 de la *Charte* que dans le cas d'autres institutions qui n'auraient pas une incidence aussi grande sur la survie de la communauté religieuse en cause.

In *Egan, supra*, at para. 86, I made the following observation:

Official state recognition of the legitimacy and acceptance in society of a particular type of status or relationship may be of greater value and importance to those affected than any pecuniary gain flowing from that recognition.

Denial of any funding to the appellants constitutes not only a financial prejudice, but also a complete non-recognition of their children's educational needs and the children's and parents' fundamental interest in the continuation of their faith.

The interests at stake for the appellants, being the recognition and continuation of these communities, are clearly recognized as relevant to the fundamental purposes of the *Charter*. This conclusion can be drawn from the incorporation of the principle of accommodation in the interpretation of s. 2(a) and s. 15. Moreover, it is consonant with the interpretive guidance of s. 27 which reads as follows:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

In applying this provision to the application of the freedom of religion guarantee of the *Charter* in *Big M Drug Mart Ltd.* and *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, Dickson C.J. held that religion forms an integral part of the multicultural heritage of Canada. The interests underlined in s. 27, they being both "the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians" (emphasis added) thus informed an approach to freedom of religion which could impose on the state the duty to accommodate religious minorities where the adverse and coercive impact of a secular law required it. (See *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at pp. 337-38; *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 758.) In applying s. 15 in the context of the denial of funding for education to those who cannot access it for religious reasons, s. 27 supports a finding that the interests at stake, the preservation and continuation of the communities in question, do form interests fundamental to the purposes of the *Charter*.

Dans *Egan*, précité, au par. 86, j'ai fait l'observation suivante:

La reconnaissance officielle par l'État de la légitimité et de l'acceptation dans la société d'une situation ou relation particulière peut revêtir plus de valeur et d'importance aux yeux de ceux qui sont touchés que tout gain pécuniaire découlant de cette reconnaissance.

Le refus de quelque financement que ce soit aux appelants constitue non seulement un préjudice financier mais aussi une absence complète de reconnaissance des besoins pédagogiques des enfants et du droit fondamental des enfants et des parents au maintien de leur religion.

Les droits en jeu pour les appelants — la reconnaissance et la survie de leurs communautés — sont clairement pertinents en ce qui concerne les objectifs fondamentaux de la *Charte*. Cette conclusion découle de l'incorporation du principe d'accommodement dans l'interprétation de l'al. 2a) et de l'art. 15. Par ailleurs, elle est compatible avec la directive qu'offre l'art. 27 en matière d'interprétation:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Dans *Big M Drug Mart Ltd.* et *Edwards Books and Art Ltd.*, précités, appliquant cette disposition à la liberté de religion garantie par la *Charte*, le juge en chef Dickson a statué que la religion fait partie intégrante du patrimoine multiculturel des Canadiens. Les droits sous-jacents à l'art. 27, «le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens» (je souligne), ont ainsi nourri une conception de la liberté de religion qui pouvait imposer à l'État l'obligation d'accommoder les minorités religieuses lorsque l'incidence négative et coercitive d'une loi de caractère laïque l'exigeait. (Voir *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 337 et 338; *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 758.) Dans l'application de l'art. 15 au contexte du non-financement de l'éducation de personnes ne pouvant y avoir accès pour des motifs religieux, l'art. 27 permet de conclure que les droits en jeu, le maintien et la survie des communautés en question, constituent des droits fondamentaux pour les fins de la *Charte*.

83

84

85

86

At issue here are the efforts of small, insular religious minority communities seeking to survive in a large, secular society. As such, the complete non-recognition of this group strikes at the very heart of the principles underlying s. 15. This provision, more than any other in the *Charter*, is intended to protect socially vulnerable groups from the discriminatory will of the majority as expressed through state action. The distinction created under the *Education Act* gives the clear message to these parents that their beliefs and practices are less worthy of consideration and value than those of the majoritarian secular society. They are not granted the same degree of concern, dignity and worth as other parents. I conclude that the *Education Act* funding scheme results in a *prima facie* violation of s. 15's guarantee of equal benefit of the law without discrimination. To use the metaphor which I developed in *Egan*, we cannot imagine a deeper scar being inflicted on a more insular group by the denial of a more fundamental interest; it is the very survival of these communities which is threatened.

II. Is the Denial of Funding to Independent Denominational Schools Reasonably Justified under Section 1?

87

A violation of s. 15(1) may be saved under s. 1 if the impugned distinction is demonstrably justifiable in our free and democratic society. I am of the opinion, however, that the instant violation cannot be salvaged by s. 1, as it is not proportionately tailored to the pressing objectives of the legislation.

88

As an introduction to the s. 1 analysis of the legislation in question, I find it necessary to make some observations regarding the general purposes of this provision and how these should inform the degree of judicial deference accorded the legislature's choice in a particular case.

En l'espèce, le litige a trait aux efforts de petites communautés minoritaires religieuses insulaires qui cherchent à survivre à l'intérieur d'une société laïque. C'est pourquoi l'absence totale de reconnaissance de ce groupe va au cœur des principes sous-jacents à l'art. 15. Plus que toute autre disposition de la *Charte*, l'art. 15 vise à protéger des groupes vulnérables sur le plan social contre la volonté de discrimination d'une majorité qu'expriment les mesures prises par l'État. La distinction créée par la *Loi sur l'éducation* transmet clairement aux parents en cause le message que leurs croyances et pratiques sont moins dignes de considération et de valeur que celles de la société laïque majoritaire. Ils ne bénéficient pas du même niveau de considération, de dignité et de valeur que d'autres parents. Je conclus que le régime de financement prévu dans la *Loi sur l'éducation* contrevient *prima facie* à la garantie au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, qui est prévue à l'art. 15. Pour employer la métaphore que j'ai élaborée dans *Egan*, on ne saurait songer à une marque plus profonde sur un groupe plus minoritaire et insulaire par la négation d'un droit plus fondamental; c'est la survie même de ces communautés qui est menacée.

II. Le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes est-il justifié en tant que limite raisonnable en vertu de l'article premier?

Une violation du par. 15(1) peut être sauvegardée en vertu de l'article premier si la distinction attaquée possède une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis d'avis toutefois que la violation en l'espèce ne saurait être sauvegardée par l'article premier car elle n'est pas proportionnellement adaptée aux pressants objectifs de la loi.

En guise d'introduction à l'analyse de la loi en question en vertu de l'article premier de la *Charte*, je ferai quelques observations sur les objectifs généraux de cette disposition et sur la façon dont ces objectifs devraient définir le degré de retenue dont les tribunaux devraient faire preuve à l'égard du choix du législateur dans un cas particulier.

As is well known, the case of *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, provided the first occasion for this Court to develop the principles of judicial review of the state's justification for limits imposed on a *Charter* right, in accordance with s. 1. An approach was developed, subsequently referred to as the "*Oakes test*", which was meant to provide a universal and onerous standard of review of the evidence and argument submitted by state representatives in defence of a *prima facie* breach of the *Charter*.

In *Oakes, supra*, writing for the Court on this issue, Dickson C.J. applied a purposive approach to interpreting s. 1. He noted that, while constitutionally guaranteeing the rights and freedoms of the *Charter*, s. 1 also gave a clear signal that these entitlements were not unlimited in scope. However, for limits to be considered "reasonable", they must be justified in a "free and democratic society" and therefore necessarily informed by the values and principles underlying the *Charter* itself:

Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [*Oakes, supra*, at p. 136.]

In subsequent applications of the *Oakes test*, this Court has varied the standard of justification with

Comme on le sait, c'est dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que notre Cour a eu pour la première fois l'occasion d'élaborer les principes de contrôle judiciaire relativement à la justification que l'État doit, en vertu de l'article premier, apporter aux restrictions qu'elle impose à un droit garanti par la *Charte*. Notre Cour a élaboré une analyse — par la suite appelée le «critère énoncé dans *Oakes*» — qui visait à établir une norme de contrôle universelle et exigeante relativement aux éléments de preuve et aux arguments présentés par les représentants de l'État en défense à une violation *prima facie* de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour, a appliqué une analyse fondée sur l'objet dans son interprétation de l'article premier. À son avis, même s'il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés de la *Charte*, l'article premier indique clairement que ces droits n'ont pas une portée illimitée. Cependant, pour que les limites imposées soient «raisonnables», elles doivent pouvoir se justifier dans le cadre d'une «société libre et démocratique» et en conséquence tenir nécessairement compte des valeurs et des principes sous-jacents à la *Charte*, à la p. 136:

L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Dans les applications subséquentes du critère énoncé dans *Oakes*, notre Cour a modifié la norme

respect to proof and the evidentiary burden placed on the state, granting a greater degree of deference to the legislative choice in cases of “social legislation”, that is, legislation with a valid objective related to social justice. For example, a less onerous burden has been placed on the state where the legislature was seeking to balance *Charter* rights and/or values, (*Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825), otherwise protect a socially vulnerable group (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927), balance competing interests of various social groups (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229), or address conflicting social science evidence as to the cause of a social problem (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199).

92

As La Forest J. concluded in his dissenting reasons in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 63, in determining the degree of flexibility and deference to be shown Parliament in a s. 1 analysis, this jurisprudence directs courts to take a contextual approach to the legislation in question, to evaluate both the nature of the right infringement and that of the social interest or values meant to be promoted by the legislation. For example, where the objective of the legislation promotes the protection of a socially vulnerable group and the nature of the infringement lies far from the core *Charter* values, deference will be warranted.

93

No issue was taken by the majority in that case with this characterization of the task facing courts except as regards the necessity of maintaining a limit to judicial deference. As McLachlin J. stated for the majority on this point, at para. 129:

While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of

de justification à laquelle l'État doit satisfaire en matière de preuve et de fardeau de preuve, et a fait preuve d'une plus grande retenue envers le choix du législateur dans les cas de lois à caractère social, c'est-à-dire une loi ayant un objectif valide relié à la justice sociale. Par exemple, notre Cour a imposé un fardeau moins lourd à l'État dans un cas où la législature cherchait à établir un équilibre entre les droits et valeurs de la *Charte* (*Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825), à protéger par ailleurs un groupe vulnérable sur le plan social (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927), à pondérer les droits opposés de divers groupes sociaux (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229), ou à tenir compte d'éléments de preuve contradictoires en matière de sciences humaines quant à la cause d'un problème social (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199).

Comme le juge La Forest, dissident, l'a conclu, au par. 63 de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, en ce qui concerne le degré de souplesse et de retenue dont il faut faire preuve envers le législateur dans une analyse fondée sur l'article premier, cette jurisprudence ordonne aux tribunaux d'adopter une analyse fondée sur le contexte de la loi en cause, d'examiner à la fois la nature de la violation du droit et celle de l'intérêt social ou des valeurs sociales que la loi vise à protéger. Par exemple, lorsque l'objectif de la loi est de protéger un groupe vulnérable sur le plan social et que la nature de la violation s'écarte des valeurs au cœur de la *Charte*, il y aura lieu de faire preuve de retenue.

Dans cet arrêt, les juges majoritaires n'ont pas contesté cette façon de caractériser la tâche des tribunaux, sauf en ce qui concerne la nécessité de maintenir une limite quant à la retenue judiciaire. Comme Madame le juge McLachlin l'a affirmé au nom de la majorité sur ce point, au par. 129:

Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État

the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning . . . No matter how important Parliament's goal may seem, if the state has not demonstrated that the means by which it seeks to achieve its goal are reasonable and proportionate to the infringement of rights, then the law must perform fail.

Thus, while deference has been granted the state in its legislative role by the courts in undertaking a s. 1 analysis, this deference has been designed to better give effect to the general purposes of the *Charter* and with an understanding that *Charter* values may at times require a sensitive balancing. Deference has not been found warranted where to do so would frustrate the very values of the *Charter*, but rather to give better effect thereto and to allow the legislature the flexibility to make these difficult policy choices.

A corollary to this principle should also be articulated: where 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 as a whole, as represented by state action, courts must be vigilant to ensure that the state has demonstrated its justification for the infringement. A less deferential stance should be taken and a greater onus remain on the state to justify its encroachment on the *Charter* right in question. In each case, therefore, only after the objective of the legislation has been identified can the appropriate degree of deference be determined. Indeed, cases will be rare where it is found reasonable in a free and democratic society to discriminate. (See *Andrews, supra, per Wilson J.*, at p. 154.)

As I stated in *Egan, supra*, at para. 75 "social" legislation *per se* will not, in the absence of these factors, warrant deference. This finding was echoed by the other dissenting judges in that case. Cory and Iacobucci JJ. particularly expressed concern about a deferential stance allowing governments to justify any discriminatory impact on the

fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants. [. . .] Si important que puisse sembler l'objectif du Parlement, si l'État n'a pas démontré que les moyens qu'il utilise pour atteindre son objectif sont raisonnables et proportionnels à la violation des droits, la loi doit alors par nécessité être déclarée non valide.

En conséquence, bien que les tribunaux aient, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, fait preuve de retenue envers l'État dans l'exercice de son rôle législatif, cette retenue visait à donner davantage effet aux objectifs généraux de la *Charte*, soit que les valeurs de la *Charte* nécessitent à l'occasion une pondération délicate. On a jugé qu'il n'y avait pas lieu de faire preuve de retenue lorsque cette retenue aurait contrecarré les valeurs mêmes de la *Charte* mais qu'il y aurait plutôt lieu de donner plus d'effet à ces valeurs et d'offrir à la législature la souplesse de faire ces choix de principe difficiles.

Un corollaire de ce principe devrait être ainsi formulé: lorsque 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 qu'expriment les mesures prises par l'État, les tribunaux doivent veiller à ce que l'État justifie la violation. Dans un tel cas, une moins grande retenue serait appropriée et l'État devrait assumer un fardeau plus lourd afin de justifier l'atteinte au droit garanti par la *Charte*. En conséquence, ce n'est qu'après avoir établi, dans chaque cas, l'objectif de la loi qu'il est possible de déterminer le degré approprié de retenue dont il faut faire preuve. En fait, rares seront les cas dans lesquels il sera raisonnable de discriminer dans le cadre d'une société libre et démocratique. (Voir *Andrews, précité*, le juge Wilson, à la p. 154.)

Comme je l'ai affirmé dans *Egan, précité*, au par. 75, le simple fait que la loi soit de nature «sociale» ne sera pas, en soi, en l'absence d'autres facteurs, une raison pour faire preuve de retenue. Cette conclusion a été reprise par les autres juges dissidents dans cette affaire. Les juges Cory et Iacobucci étaient tout particulièrement préoccupés

94

95

96

basis that they are balancing the financial needs of various groups. (See *Egan, supra*, at para. 216.) In deciding whether deference is in order, the guiding principles have always been and continue to be those embodied in the *Charter* as articulated by Dickson C.J. in *Oakes, supra*.

par une retenue qui permettrait aux gouvernements de justifier tout effet discriminatoire d'une mesure sur la base d'un équilibre entre les besoins financiers des divers groupes. (Voir *Egan*, précité, au par. 216.) Lorsqu'il faut décider s'il y a lieu de faire preuve de retenue, les principes directeurs ont toujours été et continuent d'être ceux qui sont enchâssés dans la *Charte*, suivant la formulation que leur a donnée le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité.

97 The first task in assessing whether the limit to the right in question is reasonably justified as required under s. 1 will involve determining whether the restriction on funding has an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society. A contextual approach in this case reveals the principal objectives of the legislation to be: first, to provide a large, publicly funded, system of education intended to be universally open and free to all, without discrimination; and second, to foster the values of a pluralist, democratic society, including the values of cohesion, religious tolerance and understanding. It would be misleading to look at either goal in isolation from the other. The choice of increasing social tolerance through encouraging the coming together of members of all communities is predicated on a system of education which is meant to be universal, and thus meet the needs of the majority of parents.

Pour déterminer si la restriction du droit en l'espèce constitue une limite dont la justification puisse se démontrer en vertu de l'article premier, il faut tout d'abord se demander si la restriction imposée au financement a un objectif qui se rapporte à une préoccupation urgente et réelle dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'application d'une analyse contextuelle révèle les principaux objectifs suivants: premièrement, établir un système général d'éducation financé par les deniers publics, qui se veut accessible à tous et gratuit pour tous, sans distinction; deuxièmement, favoriser les valeurs d'une société pluraliste et démocratique, y compris les valeurs de cohésion, de tolérance et de compréhension sur le plan religieux. Il serait trompeur d'examiner séparément l'un et l'autre de ces objectifs. Le choix d'accroître la tolérance sociale par l'encouragement à regrouper les membres de toutes les communautés est fondé sur un système d'éducation qui se veut universel et qui réponde ainsi aux besoins de la majorité des parents.

98 In such a system, the objective of encouraging religious tolerance becomes linked to discouraging non-secular education. However, such a link is not inevitable. In fact, it is not the goal of encouraging social tolerance and understanding that creates a difficulty for the appellants, but rather the secular nature of the education. For example, as the Adler appellants submitted and one of the respondents' experts testified, the environment in the Jewish day schools was very conducive to social tolerance, successful integration, and acceptance of others.

Dans un tel système, l'objectif consistant à encourager la tolérance religieuse est associé à une certaine dissuasion à l'égard de l'éducation non laïque. Cependant, ce lien n'est pas inévitable. En fait, ce n'est pas l'objectif d'encourager la tolérance et la compréhension sur le plan social qui gêne les appelants, mais plutôt le caractère laïque de l'éducation. Par exemple, comme l'ont soutenu les appelants du groupe Adler et comme l'a affirmé l'un des experts des intimés dans son témoignage, les conditions des externats juifs sont très favorables à la tolérance sociale, à une intégration réussie et à l'acceptation des autres.

Having identified the objectives of the legislation in question, I must now turn to the question of the degree of deference to be shown the legislature in reviewing the respondents' arguments and evidence to support the legislation. The circumstances in the case on appeal differ greatly from those previous cases where deference has been found appropriate. The value underlying the legislation in this appeal is the provision of education in a manner which fulfills the majoritarian interests of a secular society. Arguably, it is not vulnerable and discrete social groups which are threatened by the funding of religious schools but rather the interests of the majority of citizens.

In comparison with this interest, the right infringement affects members of an insular religious minority within a minority. Moreover, the infringement impacts on an interest which is, as accepted by the courts below, essential to the survival of their communities and practices. Rather than being consonant with the values underlying the *Charter*, as articulated by Dickson C.J. in *Oakes, supra*, deference in such a case would promote the very problem the *Charter* is meant to remedy, that is, the unlimited and discriminatory impact of the interests and needs of the majority on the rights of a small and relatively powerless minority. The degree of judicial deference allowed in other cases is thus not warranted in this case. The state must clearly discharge the burdens of evidence and proof which are mandated under s. 1.

I agree with the Court of Appeal's finding in this case that the objectives of providing free public education and of fostering tolerance are clearly pressing and substantial in a democratic society. In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 299, the reasons of La Forest J., dissenting but not on this point, clearly establish this conclusion. However, before discussing the proportionality element of the inquiry, I note that this same objective is no less pressing and substantial in the education sys-

Ayant identifié les objectifs de la loi en question, j'examinerai maintenant la question du degré de retenue dont il y a lieu de faire preuve envers la législature au regard des arguments et de la preuve que les intimés ont apportés à l'appui de la loi. Les circonstances de la présente affaire sont fort différentes de celles qui se présentaient dans les causes où il avait été jugé approprié de faire preuve de retenue. En l'espèce, la valeur sous-jacente de la loi est un enseignement donné de manière à satisfaire les intérêts de la majorité à l'intérieur d'une société laïque. On pourrait soutenir que ce ne sont pas des groupes sociaux vulnérables et discrets qui se trouvent menacés par le financement d'écoles confessionnelles, mais bien les droits de la majorité des citoyens.

Par rapport à ces intérêts, la violation ici en cause touche des membres d'une minorité religieuse discrète et insulaire au sein d'une minorité. Par ailleurs, cette violation a une incidence sur un droit qui, comme l'ont accepté les tribunaux de première instance et d'appel, est essentiel à la survie des communautés et des pratiques du groupe. Dans un tel cas, la retenue, plutôt que d'être compatible avec les valeurs sous-jacentes à la *Charte*, suivant la formulation du juge en chef Dickson dans *Oakes*, précité, contribuerait à promouvoir le problème même que la *Charte* visait à remédier, soit celui de l'effet illimité et discriminatoire des intérêts et des besoins de la majorité sur les droits d'une petite minorité relativement impuissante. Le degré de retenue judiciaire alloué dans d'autres affaires n'est donc pas justifié dans le présent pourvoi. L'État doit clairement s'acquitter ici du fardeau de preuve qui lui est imposé en vertu de l'article premier.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel que l'enseignement public gratuit et l'encouragement à la tolérance sont clairement des objectifs urgents et réels dans une société démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 299, le juge La Forest, dissident mais non sur ce point, fait clairement ressortir cette conclusion. Cependant, avant d'analyser l'élément de proportionnalité du test, je tiens à préciser que cet objectif n'est ni moins urgent ni moins réel dans le système d'édu-

tems in the five other provinces of Canada where independent religious schools receive partial funding, as indicated by the respondents' evidence.

102 To reiterate my earlier conclusion, in the proportionality aspects of the s. 1 analysis, a more rigorous burden should thus rest with the respondents than has rested, perhaps, in other cases of "social legislation". The first step in assessing the proportionality between the objective sought through the legislation and the right infringement, is to ask whether the state has demonstrated a rational connection between restricting funding and the maintenance of a public school system which is open to all and fosters social tolerance. As I stated in *Egan, supra*, at para. 73, here the state is required to establish the relevance of the distinction created to the objective of the legislation.

103 In the case before us, the question becomes: has it been proven on a balance of probabilities that a denial of funding will further the purposes of the legislation? The respondents have argued that if full funding is provided to independent schools, there will be an outflow of students from the public school system of potentially so great a magnitude as to change that system in a fundamental manner. The connection sought here is between the provision of funding and the schooling parents choose for their children. I find that this link has been established by the evidence led by the respondents, through the expert testimony and reports as regards the possible effects on parental behaviour of increased funding and the report cited of a jurisdiction where full funding is provided. Also, while partial funding in other provinces resulted in a relatively low increase in the number of independent schools, this effect could be expected to be of greater and unpredictable magnitude were full funding provided. A rational connection has thus been established by the respondents between funding choices and the maintenance of universally open and religiously tolerant schools.

104 The respondents have, however, failed to discharge the burden of proving that the means used,

cation des cinq autres provinces canadiennes où les écoles confessionnelles indépendantes reçoivent un financement partiel, tel que mis en preuve par les intimés.

Pour réitérer ma conclusion antérieure, en ce qui concerne le critère de proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier, les intimés devraient donc assumer un fardeau plus rigoureux que celui qui a peut-être été appliqué dans d'autres affaires de «lois de nature sociale». La première étape de la proportionnalité entre l'objectif visé par la loi et la violation du droit consiste à se demander si l'État a démontré l'existence d'un lien rationnel entre la restriction dans le financement et le maintien d'un système d'écoles publiques qui soit accessible à tous et favorise la tolérance sociale. Comme je l'ai indiqué dans *Egan*, précité, au par. 73, l'État est ici tenu d'établir la pertinence de la distinction créée par rapport à l'objectif de la loi.

Dans le présent pourvoi, la question en litige devient la suivante: a-t-on prouvé, suivant la prépondérance des probabilités, que le non-financement permettra d'atteindre les objectifs de la loi? Selon les intimés, un financement complet des écoles indépendantes pourrait entraîner un exode tellement important des élèves du système des écoles publiques que ce système s'en trouverait fondamentalement changé. Le lien ici recherché est entre le financement et le système scolaire que les parents choisissent pour leurs enfants. À mon avis, les intimés ont mis en preuve l'existence de ce lien: témoignages d'experts, rapports sur les effets possibles d'un accroissement du financement sur le comportement des parents, et rapport concernant un cas de financement complet dans une autre juridiction. Par ailleurs, bien que le financement partiel dans d'autres provinces ait entraîné un accroissement relativement faible du nombre d'écoles indépendantes, un financement complet pourrait avoir une incidence plus grande et imprévisible. Les intimés ont donc établi un lien rationnel entre les choix de financement et le maintien d'écoles accessibles à tous et tolérantes sur le plan religieux.

Les intimés n'ont toutefois pas réussi à s'acquitter du fardeau qu'ils avaient d'établir que les

in this case, a complete denial of funding, constitute a minimal impairment of the right in question. As has been established in the jurisprudence following *Oakes, supra*, and recently reiterated in the majority reasons on this point in *RJR-MacDonald, supra*, at para. 160,

[i]f the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find [a legislative choice] overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement: see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1196-97; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1340-41; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at pp. 1105-06. On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

I had made a similar observation in *Egan, supra*, at para. 75.

In this case, the appellants made the alternate submission that partial funding should be provided to the independent schools. The respondents' evidence and argument nonetheless focused primarily on the potential effects of full funding to independent schools on the current system. This evidence consisted mainly of the opinion of expert witnesses and one study of the private school system in Ontario dating from 1985, the "Shapiro Report" (*Report of the Commission on Private Schools in Ontario* (1985)). Moreover, the evidence which they did lead as to the effects of partial funding points to a very limited impact on the current public system. In the evidence submitted by the respondents, estimates as to the increase in enrollment in independent schools in the event of partial funding ranged from 3 percent of the total enrollment in the public schools, to approximately 6 percent. Clearly, the loss of 3 percent to 6 percent of the students currently enrolled in public schools would not undermine the primary objectives of creating a large, universally open public school system, where people of varying beliefs and backgrounds will come together. In fact, the source of the 3 percent estimate, the Shapiro Report, con-

moyens utilisés, soit une absence totale de financement, constituent une atteinte minimale au droit en question. Comme nous l'avons établi dans la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Oakes*, précité, et comme les motifs des juges majoritaires sur ce point l'ont récemment réitéré dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160,

[s]i la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation; voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pp. 1196 et 1197; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, aux pp. 1340 et 1341, et *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, aux pp. 1105 et 1106. Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

J'ai fait une observation similaire dans *Egan*, précité, au par. 75.

En l'espèce, les appelants ont soutenu, comme argument subsidiaire, qu'un financement partiel devrait être fourni aux écoles indépendantes. Dans la preuve qu'ils ont présentée — l'opinion de témoins experts et une étude sur le système d'écoles privées en Ontario, réalisée en 1985, le «rapport Shapiro» (*Rapport de la Commission sur les écoles privées de l'Ontario* (1985)) — les intimés ont, pour leur part, mis l'accent sur les effets éventuels que le financement complet des écoles indépendantes aurait sur le système actuel. Par ailleurs, la preuve qu'ils ont présentée relativement aux effets d'un financement partiel indique une incidence très restreinte sur le régime public actuel. Selon la preuve des intimés, les estimations de l'augmentation des inscriptions dans les écoles indépendantes — advenant un financement partiel — seraient d'environ 3 à 6 pour 100 du nombre total d'inscriptions dans les écoles publiques. De toute évidence, cette diminution de 3 à 6 pour 100 de l'effectif actuel des écoles publiques ne porterait pas atteinte aux principaux objectifs de créer un important régime d'écoles publiques accessibles à tous, regroupant des gens de toutes croyances et de divers milieux. En fait, selon le

cluded that some funding to independent schools could be extended without significantly impinging on the larger public system.

106

While partial funding is, on the evidence submitted by the respondents, a means for reasonably impairing the right in question, yet fulfilling the objectives of the legislation, this option was not implemented by the legislature. I thus cannot agree with the conclusion that it is impossible to say whether a less intrusive measure such as partial funding might achieve the same objective with less of an infringement. In fact, partial direct funding to independent religious schools, is currently provided in five Canadian provinces, namely, Quebec, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, and British Columbia. In these provinces, the minimum and maximum amounts of funding vary. Expressed as a percentage of the public school rate, the maximum rates of funding for independent religious schools in the provinces range from 50 percent to 75 percent. Partial funding would actually further the objective of providing a universally accessible education system and promote the value of religious tolerance in this context where some religious communities cannot be accommodated in the secular system.

107

A further principle established in the majority reasons of *RJR-MacDonald*, *supra*, on the basis of preceding jurisprudence is that a complete ban or denial of a right, will be more difficult to uphold than a partial one, even where the exercise of the right in question falls far from the core values upheld in the *Charter*. Complete bans will only be permissible where the government can show that this is absolutely necessary to further its objective. (See *RJR-MacDonald*, *supra*, per McLachlin J., at para. 163.) For example, in the majority reasons of *RJR-MacDonald*, a complete ban on advertising was not seen as a demonstrably justified incursion on freedom of expression. This principle was

rapport Shapiro d'où est tirée cette estimation de 3 pour 100, un certain financement pourrait être accordé aux écoles indépendantes sans qu'il soit pour autant sensiblement porté atteinte à l'ensemble du régime public.

Bien qu'un financement partiel soit, selon la preuve présentée par les intimés, un moyen qui constituerait une atteinte raisonnable au droit en question — et qui permettrait en même temps de réaliser les objectifs de la loi — cette option n'a pas été mise en œuvre par la législature. En conséquence, je ne puis me rallier à la conclusion selon laquelle il est impossible de dire si une mesure moins envahissante, comme un financement partiel, permettrait de réaliser le même objectif tout en entraînant une violation moins importante. En fait, il existe déjà un financement partiel direct des écoles confessionnelles indépendantes dans cinq provinces canadiennes: Québec, Manitoba, Saskatchewan, Alberta et Colombie-Britannique. Dans ces provinces, le minimum et le maximum de financement ne sont pas les mêmes. Exprimé en pourcentage du taux de financement des écoles publiques, le taux maximal de financement pour les écoles confessionnelles indépendantes dans ces provinces varie entre 50 et 75 pour 100. Un financement partiel contribuerait en fait à atteindre l'objectif d'offrir un système d'éducation accessible à tous et à favoriser la valeur de la tolérance religieuse dans ce contexte où certaines communautés religieuses ne peuvent être accommodées dans le système laïque.

Se basant sur la jurisprudence antérieure, les juges majoritaires ont, dans *RJR-MacDonald*, précité, établi un autre principe: une interdiction totale ou la négation d'un droit sera plus difficile à justifier qu'une interdiction partielle, même dans les cas où l'exercice du droit en question s'écarte des valeurs fondamentales confirmées dans la *Charte*. Une interdiction totale ne sera permise que dans le cas où le gouvernement peut démontrer qu'elle est absolument nécessaire pour atteindre son objectif. (Voir *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin, au par. 163.) Par exemple, dans *RJR-MacDonald*, la majorité n'a pas considéré qu'une interdiction totale de publicité constituait une atteinte à la

applied more recently in *Ross, supra*. In this case, as the complete exclusion of the teacher from the classroom was the only means to remedy the discriminatory effects of the teacher's invidious expression on his students, it was found to be justified. La Forest J., writing for the majority in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 47, indicates that this principle also applies to the total denial of a right to the equal benefit of a program funded by the Federal government.

Given the necessity of a less deferential approach in the case on appeal for the reasons I mentioned earlier, and the fact that the infringement of the appellants' equality right arises from a lack of funding, I find that the complete denial of funding is the most excessive impairment possible, not one of a range of permissible alternatives. In essence, the respondent made no effort to impair minimally the equality right in question. Furthermore, the respondents' own evidence regarding partial funding in other provinces supports the finding that the objectives of a public, secular school system which fosters tolerance will not be eroded unduly by such accommodation. Partial funding could thus be provided without affecting the objectives and would ensure a less severe impairment. This measure could ensure some recognition of these communities and assist in their continuation, all the while maintaining the generally secular, universal, and socially tolerant nature of the public school system.

The respondents have argued that partial funding is already provided indirectly through property tax exemptions and tuition and charitable donation deductions in the federal income tax legislation. However, these do not relate to the direct provincial funding which is given the other schools in addition to revenues from property taxes. Moreover, they are not co-extensive with the costs borne by the parents; a large portion of this indi-

liberté d'expression dont la justification pouvait être démontrée. Plus récemment, ce principe a été appliqué dans *Ross*, précité. Dans cette affaire, puisque le retrait complet du professeur de sa classe était le seul moyen de remédier aux effets discriminatoires des déclarations blessantes de l'enseignant sur ses élèves, la Cour a jugé que cette mesure était justifiée. Le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 47, indique que ce principe s'applique également à la négation totale d'un droit au même bénéfice relativement à un programme financé par le gouvernement fédéral.

Vu que nous avons à faire preuve d'une moins grande retenue en l'espèce pour les motifs que j'ai déjà mentionnés et que la violation du droit à l'égalité des appelants découle d'une absence de financement, je suis d'avis que le non-financement complet constitue l'atteinte la plus extrême, et ne se situe pas dans la gamme des mesures possibles. Essentiellement, l'intimé n'a fait aucun effort afin de minimiser l'atteinte au droit à l'égalité en question. Par ailleurs, la preuve que les intimés ont présentée relativement au financement partiel dans d'autres provinces appuie la conclusion qu'un tel accommodement ne sapera pas indûment les objectifs d'un système scolaire laïque public qui favorise la tolérance. En conséquence, un financement partiel pourrait être accordé sans incidence sur les objectifs, garantissant ainsi une atteinte moins grave. Cette mesure permettrait d'accorder une certaine reconnaissance à ces groupes et de les aider à survivre, tout en maintenant le caractère généralement laïque, universel et socialement tolérant du système scolaire public.

Les intimés ont soutenu qu'il existe déjà un financement partiel indirect découlant des exemptions d'impôt foncier et des déductions pour frais de scolarité et dons de charité qui sont prévues dans la loi fédérale de l'impôt sur le revenu. Cependant, ces mécanismes n'ont aucun rapport avec le financement provincial direct dont bénéficient les autres écoles en sus des revenus d'impôts fonciers. Par ailleurs, ces mécanismes n'ont pas la

rect support is from federal legislation over which the province has no control; and the benefit of the tax deduction will be greater for parents with increased economic resources. As Cory and Iacobucci JJ. explained in *Egan, supra*, at paras. 151 to 161 and paras. 199 to 208, it is not acceptable to find legislation constitutionally valid on the basis of benefits provided in the legislation of another jurisdiction which are neither co-extensive with the benefit lost nor available to all who fall within the identifiable group. Other concerns relating to the funding of independent schools which have been identified by the respondents relate to accountability and the necessary promotion of tolerant values through hiring practices and other means. These could be addressed in fashioning the appropriate funding mechanism.

110 In my view, the minimal impairment element of the *Oakes* test has not been satisfied in this case. The respondents failed to show why a measure less intrusive than a complete denial of the right in question was not adequate to promote the objectives of the legislation. The following conclusion which I drew in *Egan, supra*, at para. 75, applies equally to the case before us:

In fact, to defer to the legislative prerogative in circumstances where social science views do not substantially conflict, and where there is a reasonable, alternative means of fulfilling the legislative objective in a way that would materially lessen the magnitude of the rights violation, would frustrate the purpose of the *Charter*.

111 Finally, while it is unnecessary to pursue the analysis, I note that the salutary effects of the legislation do not outweigh the deleterious impact on the claimants. No evidence has been adduced by the respondents that a total denial of funding is required to further the goals of creating a large, public education system which fosters the development of social tolerance and harmony. The respondents led no evidence establishing that the fiscal

même portée que les coûts assumés par les parents; une importante portion de ce soutien indirect est prévue dans une loi fédérale sur laquelle la province n'a aucun contrôle; les parents plus fortunés bénéficieront davantage de la déduction fiscale. Comme les juges Cory et Iacobucci l'ont expliqué dans *Egan, précité*, aux par. 151 à 161 et aux par. 199 à 208, respectivement, on ne saurait conclure qu'une loi est valide du point de vue constitutionnel en se basant sur les bénéfices prévus dans la loi d'une autre juridiction — qui n'ont pas la même portée que le bénéfice perdu et qui ne sont pas offerts non plus à tous ceux qui font partie du groupe identifiable. Les intimés ont également soulevé d'autres préoccupations relatives au financement d'écoles indépendantes, dont celles de l'imputabilité et de l'encouragement nécessaire aux valeurs de tolérance dans le cadre des pratiques d'embauche et par d'autres moyens. Ce sont des questions qui pourraient être examinées dans le cadre de l'établissement du mécanisme de financement approprié.

À mon avis, il n'a pas en l'espèce été satisfait à l'élément de l'atteinte minimale du test énoncé dans *Oakes*. Les intimés n'ont pas établi pourquoi une mesure moins envahissante qu'une négation totale du droit en question ne permettait pas de favoriser la réalisation des objectifs de la loi. La conclusion que j'ai tirée dans *Egan*, au par. 75, s'applique également en l'espèce:

En fait, ce serait contrecarrer l'objectif de la *Charte* que de s'en remettre à la prérogative législative lorsque les opinions en matière de sciences sociales ne sont pas substantiellement contradictoires et qu'il existe un autre moyen raisonnable de réaliser l'objectif législatif d'une façon qui atténuerait de beaucoup l'ampleur de la violation des droits.

Enfin, bien qu'il soit inutile de poursuivre l'analyse, je constate que les effets bénéfiques de la loi n'excèdent pas l'incidence préjudiciable qu'elle a sur les demandeurs. Les intimés n'ont présenté aucune preuve établissant qu'un déni total de financement est requis pour que puissent être atteints les objectifs de créer un important système scolaire public qui favorise la tolérance et l'harmonie sur le plan social. De plus, les intimés n'ont

impact of partial funding would carry with it fundamental changes in the nature or extent of the public school system. We must also remember that the students of the independent religious schools would have a right to public expenditures were the public schools accessible to them.

This case involves a severe breach of an insular minority group's equality rights, for the purposes of furthering majoritarian interests, in circumstances where the benefits are largely financial. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 218-20, Wilson J. held that budgetary considerations alone will not constitute a reasonable justification for an infringement of a *Charter* right, a result which has not been overruled by this Court. At most, these considerations will come into play in the fashioning of a remedy, as indicated in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. Partial funding would strongly attenuate the discriminatory effects of legislation which completely denies any funding and thus any recognition of these communities' educational needs. The salutary effects of the exclusion, being essentially financial, are not proportional to the serious infringement of the constitutional rights in question.

In conclusion, the respondents have not discharged their burden under s. 1. The funding scheme created in the *Education Act* represents an impermissible violation of the appellants' right to equal benefit of the law under s. 15 of the *Charter*.

The School Health Support Service Plan

I find it unnecessary to analyse the school health services separately from the general question of funding for independent schools. I agree with McLachlin J. that, given their designation as a part of a "special education program", the services to

présenté aucune preuve que l'impact financier d'un financement partiel entraînerait des changements fondamentaux dans la nature ou l'étendue du régime d'écoles publiques. Il faut également se rappeler que les élèves des écoles confessionnelles indépendantes auraient droit de profiter du financement à même les deniers publics si les écoles publiques leur étaient accessibles.

En l'espèce, il existe une grave violation des droits à l'égalité d'un groupe minoritaire insulaire, qui a pour effet de favoriser les intérêts de la majorité, dans des circonstances où les bénéfices sont en grande partie de nature financière. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 218 à 220, le juge Wilson a statué que des considérations financières ne constitueront pas à elles seules une justification raisonnable d'une violation d'un droit garanti par la *Charte*, arrêt qui n'a pas été infirmé par la Cour. Comme la Cour l'a indiqué dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, ces considérations entreront tout au plus en ligne de compte dans la détermination de la réparation. Un financement partiel atténuerait fortement les effets discriminatoires d'une loi qui prive les communautés en cause de tout financement et, ainsi, de toute reconnaissance de leurs besoins scolaires. Les effets bénéfiques de l'exclusion — essentiellement de nature financière — ne sont pas proportionnels à la grave violation des droits constitutionnels en question.

En conclusion, les intimés ne se sont pas acquittés du fardeau de preuve qu'ils avaient en vertu de l'article premier. Le système de financement créé par la *Loi sur l'éducation* représente une violation inacceptable du droit des appelants au même bénéfice de la loi en vertu de l'art. 15 de la *Charte*.

Le régime de services de santé pour enfants d'âge scolaire

À mon avis, il est inutile d'analyser la question des services de santé pour enfants d'âge scolaire séparément de la question générale du financement des écoles indépendantes. Je suis d'accord avec Madame le juge McLachlin que les services offerts

112

113

114

disabled students provided under the *Health Insurance Act*, R.R.O. 1990, Reg. 552, s. 14 in the public and separate schools, form an integral part of the education services funded in the province under the *Education Act*. Denial of funding for school health services in the independent schools, as part of the complete denial of funding to these schools, thus also infringes s. 15 of the *Charter*.

115 Regulation 552 which extends these services to those schools which receive public funds under the *Education Act*, clearly links these services to the objectives of that Act. It is evident that providing services which make it possible for disabled students to attend publicly funded schools furthers the objectives of the *Education Act* in creating a non-discriminatory, universal system of education.

116 McLachlin J., however, additionally finds that the denial of the health support services program to independent religious schools is rationally connected to the objectives of the legislation. I cannot agree, given the characterization of the legislative objectives which I believe is warranted in the context. The twofold objectives involve the provision of education which is universally open to all students without discrimination and the encouragement of social tolerance and harmony. These objectives were undertaken in a scheme which allowed parents to opt out of the secular system. Given that the state has already recognized that parents may not be able to educate their children in the secular system, denying disabled children access to the services which make attendance at independent schools possible for them conflicts directly with the primary goal of the legislation, to provide education for all children in Ontario.

117 Moreover, as parents of children in the independent schools are unable, for religious reasons, to send their children to the secular public schools, it

dans les écoles publiques et séparées aux élèves handicapés — du fait qu'ils sont considérés comme faisant partie d'un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté — en vertu de la *Loi sur l'assurance-santé*, R.R.O. 1990, règl. 552, art. 14, font partie intégrante des services d'éducation financés dans la province en vertu de la *Loi sur l'éducation*. En conséquence, le non-financement des services de santé pour enfants d'âge scolaire fréquentant des écoles indépendantes contrevient aussi à l'art. 15 de la *Charte*, du fait qu'il se trouve intégré à l'absence totale de financement de ces écoles.

Le règlement 552 — relatif à la prestation de ces services aux écoles subventionnées par l'État en vertu de la *Loi sur l'éducation* — établit clairement un lien entre ces services et les objectifs de cette loi. Il est évident que la prestation de services qui permettent aux élèves handicapés de fréquenter les écoles publiques favorise la réalisation des objectifs de la *Loi sur l'éducation*, en créant un système d'éducation universel non discriminatoire.

Cependant, Madame le juge McLachlin conclut aussi que le fait de priver les écoles confessionnelles indépendantes du bénéfice du programme de services de santé est rationnellement lié aux objectifs de la loi. Je ne puis me rallier à son opinion vu la caractérisation des objectifs législatifs qui, selon moi, s'impose dans le contexte. La loi a un double objectif: la prestation de services d'éducation accessibles à tous les élèves sans distinction et la promotion de la tolérance et de l'harmonie sur le plan social. On a entrepris d'atteindre ces objectifs à l'intérieur d'un régime permettant aux parents de se retirer du système laïque. Puisque l'État a déjà reconnu que certains parents ne seront peut-être pas en mesure de faire instruire leurs enfants à l'intérieur du système laïque, refuser aux enfants handicapés l'accès aux services qui rendent possible leur fréquentation d'écoles indépendantes entre directement en conflit avec le principal objectif de la loi: offrir des services d'éducation à tous les enfants en Ontario.

Par ailleurs, puisque les parents des enfants fréquentant les écoles indépendantes ne peuvent, pour des motifs religieux, envoyer leurs enfants dans les

is difficult to imagine how denying these children access to the independent schools will, in any significant way, further enhance the social diversity and harmony in the public school system. Such a policy seems likely to encourage such parents to educate these children at home, thereby losing the many benefits of education in a school environment, and compounding the marginalization and isolation of children with disabilities from these communities. The denial of the school health support services to independent schools clearly is not rationally supportable on the objectives of the legislation.

As I find no rational connection between the denial of school health support services to children in independent denominational schools, it is unnecessary to undertake a determination of whether a minimal impairment has been imposed or whether the effects are proportionate to the objective. The discrimination caused by Regulation 552 is not demonstrably justified in a free and democratic society. In my view, the appropriate remedy with respect to the school health services, is that recommended by McLachlin J. A provision should be read into Regulation 552 which expands the definition of "school" in the *Education Act* to include private denominational schools and extends the *Education Act's* definition of special education programs to include those equivalent to the ones offered in the Roman Catholic and public school systems.

III. Disposition

I would allow the appeal with costs throughout. The appropriate disposition is to declare the current *Education Act* unconstitutional on the grounds of its violation of s. 15(1) of the *Charter*. However, this declaration should be suspended in its effect for two years so as to allow the provincial government the opportunity to undertake the necessary inquiry as to the level of direct funding to independent denominational schools which can be

écoles laïques publiques, il est difficile de voir comment le fait de refuser à ces enfants l'accès aux écoles indépendantes favorisera de façon significative la diversité et l'harmonie à l'intérieur du système scolaire public. Une telle politique semble vraisemblablement de nature à encourager ces parents à éduquer leurs enfants au foyer, causant ainsi la perte des nombreux avantages de l'éducation en milieu scolaire et ajoutant de ce fait à la marginalisation et à l'isolement des enfants handicapés par rapport à ces communautés. Le refus de la prestation de services de santé aux écoles indépendantes pour enfants d'âge scolaire ne peut, de toute évidence, rationnellement supporter les objectifs de la loi.

Puisque je suis d'avis qu'il n'existe aucun lien rationnel entre le refus de prestation des services de santé aux enfants fréquentant des écoles confessionnelles indépendantes, j'estime inutile de déterminer s'il y a eu atteinte minimale ou si les effets sont proportionnels à l'objectif. La discrimination causée par le règlement 552 ne constitue pas une violation dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. À mon avis, la réparation appropriée quant à ces services de santé est celle que recommande Madame le juge McLachlin. Il y aurait lieu d'introduire par interprétation dans le règlement 552 une disposition qui élargisse la définition du terme «école» de façon à inclure les écoles confessionnelles privées, et étende la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» formulée dans la *Loi sur l'éducation* de façon à inclure des programmes qui soient comparables aux programmes offerts dans le régime d'écoles catholiques romaines et publiques.

III. Dispositif

J'accueillerai le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Le remède approprié est de déclarer la *Loi sur l'éducation* inconstitutionnelle au motif qu'elle contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'effet de cette déclaration devrait être suspendu pendant une période de deux ans pour permettre au gouvernement provincial d'examiner le niveau de financement direct des écoles confessionnelles indépendantes qui serait

supported in the present system without unduly undermining the central objectives of the legislation. A reasonable, carefully tailored alternative legislative scheme of education funding must be chosen, one which minimally impairs the rights in question. Other reasonable requirements, such as accountability measures, for the independent schools may also be established.

120 With respect to the health support services, the "reading in" remedy proposed by McLachlin J. is appropriate. This should take effect immediately and should be maintained under the future legislative choices which aim to impair minimally the rights in question.

121 Finally, I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by not providing funding to religious-based independent schools?

Answer: No.

Question 2(a): Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to public school boards but not to religious-based independent schools?

Answer: Yes.

Question 2(b): Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or

envisageable dans le système actuel sans porter indûment atteinte aux objectifs fondamentaux de la loi. Un régime alternatif législatif de financement de l'éducation, soigneusement conçu, devrait être choisi afin de porter le moins possible atteinte aux droits en question. D'autres exigences raisonnables, telles des mesures d'imputabilité, pourraient aussi être considérées à l'intention des écoles indépendantes.

En ce qui concerne les services de santé, la réparation de l'«introduction par interprétation» proposée par Madame le juge McLachlin est appropriée. Cette réparation devrait prendre effet immédiatement et devrait être intégrée dans le choix des futures dispositions législatives qui viseraient à porter le moins possible atteinte aux droits en question.

Enfin, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1: Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ne prévoyant pas le financement des écoles confessionnelles indépendantes?

Réponse: Non.

Question 2a): Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles publiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

Réponse: Oui.

Question 2b): Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de

deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to Roman Catholic separate school boards but not to religious-based independent schools?

Answer: Not necessary to decide.

Question 3: If the answer to Question 1 or 2 is in the affirmative, is the non-funding of religious-based independent schools justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 4(a): Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

Answer: Not necessary to decide.

Question 4(b): Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

Answer: Yes.

cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles séparées catholiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette question.

Question 3: En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l'omission de financer les écoles confessionnelles indépendantes est-elle justifiée en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 4a): L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette question.

Question 4b): L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

Réponse: Oui.

Question 5: If the answer to Question 4(a) or 4(b) is in the affirmative, is the prescribing of school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

122 SOPINKA J. — In this appeal the Adler appellants challenged the legislative scheme for the funding of public and Roman Catholic separate school education on two bases. First, they alleged that the funding of separate Roman Catholic schools creates a distinction and inequality that violates ss. 2(a) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Second, they submit that the funding of public schools while failing to fund independent religious schools constitutes a violation of these provisions. The Elgersma appellants limited their submissions to the second ground of attack.

123 With respect to the first ground advanced by the Adler appellants, the decision of this Court in the *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, is a complete answer. Legislation for the funding of separate schools is supported under both s. 93(1) and (3) of the *Constitution Act, 1867*. In the *Reference Re Bill 30*, this Court decided that legislation passed pursuant to these provisions was immune from *Charter* attack. On the other hand, legislation funding the public school system stands on a different footing. It is passed pursuant to the opening words of s. 93 conferring on the province a plenary power to legislate with respect to education. This power is no different from the heads of power contained in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Like

Question 5: En cas de réponse affirmative à la question 4a) ou 4b), le fait de prescrire, à titre de services assurés, des services pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante, est-il justifié en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA — Dans le présent pourvoi, les appelants du groupe Adler contestent pour deux raisons le régime législatif de financement de l'éducation dans les écoles publiques et catholiques romaines séparées. Premièrement, ils allèguent que le financement des écoles catholiques romaines séparées crée une distinction et une inégalité qui violent l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, ils soutiennent que, du fait qu'il ne s'applique pas aux écoles confessionnelles indépendantes, le financement des écoles publiques viole ces dispositions. Les appelants du groupe Elgersma ont limité leur argumentation au deuxième motif de contestation.

En ce qui concerne le premier motif avancé par les appelants du groupe Adler, le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, de notre Cour offre une réponse complète. Une loi sur le financement des écoles séparées s'appuie à la fois sur les par. 93(1) et (3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, notre Cour a statué qu'une loi adoptée conformément à ces dispositions ne peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. Par contre, la situation est différente dans le cas d'une loi sur le financement du régime d'écoles publiques. Elle est adoptée conformément à la disposition liminaire de l'art. 93 qui confère à la province un pouvoir absolu de légiférer en matière d'éducation. Ce pou-

the latter, it is subject to the *Charter*. Nothing in the *Reference Re Bill 30* suggests otherwise.

My colleague Justice Iacobucci would hold that s. 93 is a complete code with respect to denominational schools and that presumably the province is restricted to legislation that is mandated by s. 93(1) or permitted by s. 93(3). He concludes that this renders such legislation immune from s. 2(a) of the *Charter* but apparently not immune from s. 15. In my view, this wholly unwarranted restriction on the plenary power is supported by neither authority nor principle.

With respect to s. 15, my colleague finds that in certain respects and, in particular, with respect to funding, s. 93(1) can be interpreted to extend constitutional protection not only to “denominational schools” specified in the section but to public schools as well. I cannot agree with this proposition. My reasons, in summary, are as follows:

- (1) The historic compromise which is embodied in s. 93 had as its purpose the protection of the religious schools of the minority, primarily Protestants in Quebec and Roman Catholics in Ontario. The majority schools needed no protection.
- (2) Section 93 makes no mention of protection of the rights and privileges of the public schools.
- (3) No decision of this Court or of any other court can be cited to support this proposition and all the authorities support the opposite conclusion.
- (4) If s. 93 protects the rights and privileges of the public schools, then all rights and privileges enjoyed at Confederation must be included. There is no basis for concluding that while all rights and privileges of denominational schools are protected, the only privilege protected relating to public schools is funding.

voir n’est pas différent des chefs de compétence énumérés à l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À l’instar de ces chefs, il est assujéti à la *Charte*. Rien dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30* ne laisse entendre le contraire.

Mon collègue le juge Iacobucci conclut que l’art. 93 établit un code complet en ce qui concerne les écoles confessionnelles et que la province ne peut vraisemblablement adopter que les lois prescrites par le par. 93(1) ou permises par le par. 93(3). Il conclut qu’une telle loi échappe ainsi à l’application de l’al. 2a) de la *Charte*, mais apparemment pas à celle de l’art. 15. À mon avis, ni la jurisprudence ni les principes n’appuient cette restriction tout à fait injustifiée du pouvoir absolu.

En ce qui concerne l’art. 15, mon collègue est d’avis qu’à certains égards, notamment en matière de financement, le par. 93(1) peut être interprété de façon à accorder une protection constitutionnelle non seulement aux «écoles confessionnelles» mentionnées dans la disposition, mais aussi aux écoles publiques. Je ne puis accepter cela. Voici, en résumé, les motifs que j’invoque à l’appui de ma position:

- (1) Le compromis historique consacré à l’art. 93 visait à protéger les écoles confessionnelles des minorités, notamment les protestants du Québec et les catholiques romaines de l’Ontario. Les écoles de la majorité n’avaient pas besoin d’être protégées.
- (2) L’article 93 ne mentionne pas la protection des droits et privilèges des écoles publiques.
- (3) Aucune décision de notre Cour ou d’un autre tribunal ne peut être citée à l’appui de cette proposition, et toute la jurisprudence appuie la conclusion contraire.
- (4) Si l’article 93 protège les droits et privilèges des écoles publiques, il doit alors protéger tous les droits et privilèges dont elles bénéficiaient à l’époque de la Confédération. Il n’y a aucune raison de conclure que le seul privilège protégé relativement aux écoles publiques est leur financement, alors que tous les droits et privilèges des écoles confessionnelles sont protégés.

124

125

(5) Entrenching rights and privileges of public schools relative to a benchmark of 1867 places the province in a straightjacket which impedes the progressive reform of educational institutions.

126 I will first develop the reasons for my conclusion that the *Charter* applies to the legislation that provides funding to the public schools but not to the independent religious schools. I will then address the submission of the appellants that the legislation violates ss. 2(a) and 15 of the *Charter*.

1. Section 93 — A Complete Code

127 My colleague deals with the applicability of ss. 2(a) and 15 separately. With respect to s. 2(a), he concludes, at para. 35, that s. 93 “is a comprehensive code with respect to denominational school rights. As a result, s. 2(a) of the *Charter* cannot be used to enlarge this comprehensive code”. With respect to s. 15, however, he finds that the funding of public schools is impliedly within the protection of s. 93(1).

128 In my view, if the impugned legislation is insulated from the *Charter* because it is a comprehensive code, it would be insulated from both ss. 2(a) and 15. I propose to deal with this issue on this basis. What my colleague’s proposition amounts to is that s. 93 limits the power of the province to extend funding to the appellants and, therefore, the *Charter* cannot enlarge those powers. Otherwise, the *Charter* would invalidate the limiting provisions of s. 93 contrary to this Court’s decision in the *Reference Re Bill 30*. The contrary view that s. 93 is a comprehensive code and that funding cannot be extended to independent religious schools would prevent the province from creating alternative religious schools such as those which exist in Alberta. See *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1, s. 16. It would also call into question the Alberta legislation. Later in his reasons, at para. 48, my colleague states that “[t]he province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit [T]he province could, if it so chose, pass legislation extending fund-

(5) La constitutionnalisation des droits et privilèges des écoles publiques par rapport à l’année de référence 1867 place la province dans un carcan qui fait obstacle à la réforme progressive des établissements scolaires.

Je vais d’abord expliquer les raisons pour lesquelles je conclus que la *Charte* s’applique à la loi qui prévoit le financement des écoles publiques, mais non des écoles confessionnelles indépendantes. J’examinerai ensuite l’argument des appelants selon lequel la loi en cause viole l’al. 2a) et l’art. 15 de la *Charte*.

1. L’article 93 — Un code complet

Mon collègue examine séparément l’applicabilité de l’al. 2a) et celle de l’art. 15. En ce qui concerne l’al. 2a), il conclut, au par. 35, que l’art. 93 «établit un code complet en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles. Par conséquent, on ne saurait recourir à l’al. 2a) de la *Charte* pour élargir la portée de ce code complet». Cependant, en ce qui concerne l’art. 15, il conclut que le financement des écoles publiques est implicitement protégé par le par. 93(1).

À mon avis, si la loi attaquée échappait à un examen fondé sur la *Charte* parce qu’elle établit un code complet, elle échapperait alors à l’application de l’al. 2a) et de l’art. 15. Je compte examiner cette question sous cet angle. La proposition de mon collègue revient à dire que l’art. 93 limite le pouvoir d’une province de financer les appelants et, en conséquence, que la *Charte* ne peut élargir ces pouvoirs. S’il en était autrement, la *Charte* invaliderait les dispositions restrictives de l’art. 93, contrairement à la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*. L’opinion contraire, voulant que l’art. 93 établisse un code complet et que le financement ne puisse être accordé à des écoles confessionnelles indépendantes, empêcherait la province de créer des écoles confessionnelles parallèles comme celles qui existent en Alberta. Voir la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 16. Elle se trouverait aussi à mettre en question la loi de l’Alberta. Plus loin dans ses motifs, au par. 48, mon collègue affirme que «[l]a province demeure libre d’exercer, comme elle l’entend, son

ing . . .” to independent religious schools. These schools are not within the guarantees of s. 93 and if the province is free to legislate as suggested then s. 93 is not a comprehensive code with respect to legislative powers in relation to denominational schools.

The problem with this proposition is that the legislation funding the public school system is passed pursuant to the plenary power contained in the opening words of s. 93. As well, legislation extending funding to the appellants would call for the exercise of the plenary power. The plenary power is not restricted by the other provisions of s. 93 unless: (a) a right or privilege protected by s. 93(1) is affected or, (b) the legislation affects “any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority” created after Confederation in which case an appeal lies under s. 93(3) to the Governor General in Council. Neither the provisions of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, funding public schools nor legislation that would fund religion-based independent schools are within the terms of s. 93(3). Whether such legislation deals or would deal with a right or privilege protected by s. 93(1) is the issue with respect to the second branch of my colleague’s reasons which I will address below.

The broad scope of the power of the province over education conferred by s. 93 is manifest from the breadth of the language of the opening words: “In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education . . .” This power has been characterized as “a plenary power” over education to stress that it is a provincial power on the same footing as the provincial powers granted to the provinces in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

In *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200, Viscount

pouvoir absolu en matière d’éducation [. . .] [L]a province pourrait, si elle le désirait, adopter une loi prévoyant le financement» d’écoles confessionnelles indépendantes. Ces écoles ne sont pas visées par les garanties de l’art. 93; alors si la province est libre de légiférer, tel que proposé, l’art. 93 n’établit pas un code complet des pouvoirs législatifs concernant les écoles confessionnelles.

Le problème que pose cette proposition est que la loi prévoyant le financement du régime d’écoles publiques est adoptée conformément au pouvoir absolu énoncé dans la disposition liminaire de l’art. 93. De même, c’est ce pouvoir absolu qui devrait être exercé pour adopter une loi prévoyant le financement des écoles des appelants. Ce pouvoir absolu n’est pas limité par les autres dispositions de l’art. 93 sauf a) s’il y a atteinte à un droit ou à un privilège protégé par le par. 93(1), ou b) si la loi en cause porte atteinte à «l’un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine» créés après la Confédération, auquel cas il peut être interjeté appel devant le gouverneur général en conseil en vertu du par. 93(3). Le texte du par. 93(3) ne vise ni les dispositions de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, prévoyant le financement des écoles publiques ni une loi qui prescrirait le financement d’écoles confessionnelles indépendantes. La question de savoir si une telle loi porte ou porterait sur un droit ou privilège protégé par le par. 93(1) est celle qui se pose relativement au deuxième volet des motifs de mon collègue, que je vais maintenant examiner.

La disposition liminaire de l’art. 93 fait clairement ressortir la portée générale du pouvoir qu’il confère aux provinces en matière d’éducation: «Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l’éducation . . .». On a qualifié ce pouvoir de «pouvoir absolu» en matière d’éducation afin de souligner qu’il s’agit d’un pouvoir provincial au même titre que les pouvoirs conférés aux provinces à l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans l’arrêt *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C.

129

130

131

Cave L.C. commented on the scope of the plenary power at p. 215:

While s. 93 of the Act of 1867 protects every right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons may have had by law at the Union, it does not purport to stereotype the educational system of the Province as then existing. On the contrary, it expressly authorizes the Provincial Legislature to make laws in regard to education subject only to the provisions of the section; and it is difficult to see how the Legislature can effectively exercise the power so entrusted to it unless it is to have a large measure of freedom to meet new circumstances and needs as they arise.

This passage was cited with approval in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, at pp. 585-86, and *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at pp. 399-400.

132 It is incontestable that if the plenary power stood alone, legislation providing funding to religion-based independent schools would be competent to the province and that legislation which failed to do so would be subject to *Charter* scrutiny. The limitation, if any, which restricts the power so as to immunize it from the *Charter* must be imposed by the other provisions of s. 93. What are these limitations?

133 In the *Reference Re Bill 30*, Estey J. stated at p. 1201:

The opening words of s. 93 are a clear grant of legislative power to the province, providing the province with the authority to make laws in relation to education. As such, the opening words of s. 93 are similar to the various grants of provincial power found in s. 92 of the *Constitution Act, 1867* and might well have been included in s. 92 . . .

And at p. 1202:

When read with the opening words of s. 93, which provide the province with a general plenary power to "exclusively make laws in relation to Education", it is clear that the province can make any laws with respect to education subject only to two limitations. First, any

200, à la p. 215, le vicomte Cave, lord chancelier, fait les remarques suivantes sur l'étendue de ce pouvoir absolu:

[TRADUCTION] Bien que l'art. 93 de la Loi de 1867 protège chaque droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles que la loi conférerait à toute catégorie de personnes lors de l'Union, il ne prétend pas stéréotyper le système d'éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la législature de la province à légiférer en matière d'éducation sous réserve seulement des dispositions de l'article; et je peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manœuvre pour s'adapter aux circonstances et aux besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent.

Cet extrait a été cité et approuvé dans les arrêts *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, aux pp. 585 et 586, et *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, aux pp. 399 et 400.

Il est incontestable que, si le pouvoir absolu existait seul, une loi sur le financement d'écoles confessionnelles indépendantes relèverait de la province et une loi qui n'accorderait pas ce financement pourrait faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Toute restriction apportée à ce pouvoir, de manière à le soustraire à l'application de la *Charte*, doit être imposée par les autres dispositions de l'art. 93. Quelles sont ces restrictions?

Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le juge Estey affirme, à la p. 1201:

La disposition liminaire de l'art. 93 confère une compétence législative manifeste à la province, lui octroyant le pouvoir de légiférer sur l'éducation. À ce titre, la disposition liminaire de l'art. 93 est analogue aux diverses attributions de compétences provinciales que l'on retrouve à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aussi aurait-elle fort bien pu être incluse à l'art. 92 . . .

Et, à la p. 1202:

Rapproché de la disposition liminaire de l'art. 93, qui confère à la province une compétence générale absolue d'«exclusivement légiférer sur l'éducation», le paragraphe montre clairement que la province peut légiférer comme elle l'entend en matière d'éducation sous deux

such laws may not violate the minimum constitutional guarantees found in s. 93(1), and second, the exercise of this provincial power may also face federal intervention under s. 93(4). Support for this general proposition can be found in both *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, and *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [[1928] A.C. 363].

With respect to s. 93(1), as I have already indicated, this limitation is dependent on a finding that legislation funding the appellants' schools would affect a right or privilege protected by s. 93(1). For reasons that will follow, I am of the opinion that, even if it could be said that extending the funding to the appellants would affect the funding of public schools, the latter is not a right or privilege protected by s. 93(1).

As for s. 93(3), Wilson J., speaking for the majority, stated at p. 1169:

On their face these provisions would appear to support the view that Bill 30 is a valid exercise of legislative power by the provincial legislature. The opening words of s. 93 vest an exclusive plenary power over education in the Province "subject and according to" the provisions that follow. Section 93(3) does not appear to derogate in any way from that power.

There is nothing in s. 93(3) that restricts extending funding to others. It specifically contemplates the exercise of the plenary power to create a "System of Separate or Dissident Schools" where one does not exist. In addition, it provides an appeal to the Governor General in Council from, *inter alia*, any legislation which affects a right or privilege protected under s. 93(1) or created by subsequent legislation. Neither the legislation funding public schools nor legislation extending funding to the appellants' schools would be within the terms of s. 93(3). It would not affect any right or privilege of the Protestant or Roman Catholic minority and it would not establish a system of separate or dissident schools.

réserves uniquement: d'abord, toute loi de ce genre ne saurait violer les garanties constitutionnelles minimales que l'on retrouve au par. 93(1) et, ensuite, l'exercice de cette compétence provinciale peut aussi se heurter à une intervention fédérale en vertu du par. 93(4). Cette proposition générale est appuyée tant par l'arrêt *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, que par l'arrêt *Tiny Separate School Trustees v. The King* [[1928] A.C. 363].

Pour ce qui est du par. 93(1), comme je l'ai déjà indiqué, cette restriction est subordonnée à la conclusion qu'une loi sur le financement des écoles des appelants porterait atteinte à un droit ou à un privilège protégé par le par. 93(1). Pour les motifs qui seront exposés plus loin, j'estime que, même si l'on pouvait dire qu'étendre le financement aux appelants nuirait au financement des écoles publiques, le financement des écoles publiques n'est pas un droit ou un privilège protégé par le par. 93(1).

En ce qui concerne le par. 93(3), le juge Wilson affirme, au nom de la majorité, à la p. 1169:

À première vue, ces dispositions paraissent appuyer le point de vue selon lequel le projet de loi 30 représente un exercice valide du pouvoir législatif de la législature provinciale. La disposition liminaire de l'art. 93 investit la province d'un pouvoir exclusif en matière d'éducation «sous réserve et en conformité des» dispositions qui suivent. Le paragraphe 93(3) ne paraît restreindre d'aucune manière ce pouvoir.

Rien dans le par. 93(3) ne restreint le financement d'autres écoles. Il prévoit explicitement l'exercice du pouvoir absolu pour établir un «système d'écoles séparées ou dissidentes» là où il n'en existe pas. En outre, il prévoit la possibilité d'interjeter appel devant le gouverneur général en conseil, notamment contre toute loi portant atteinte à un droit ou à un privilège protégé en vertu du par. 93(1) ou créé par une loi ultérieure. Ni la loi sur le financement des écoles publiques ni une loi prescrivant le financement des écoles des appelants ne seraient visées par le par. 93(3). Une telle loi ne porterait pas atteinte à un droit ou à un privilège de la minorité protestante ou catholique romaine et elle n'établirait pas un système d'écoles séparées ou dissidentes.

134

135

136

137 Bill 30 was held to be immune from *Charter* scrutiny because it was an exercise of the plenary power in a manner specifically contemplated by s. 93(3) and which authorized legislation which made distinctions on the basis of religion. A *Charter* remedy in these cases, based on this distinction, would negate the power to make them. The effect would be that one part of the *Charter* would invalidate another. At p. 1198, Wilson J. stated:

But the province is master of its own house when it legislates under its plenary power in relation to denominational, separate or dissentient schools. This was the agreement at Confederation and, in my view, it was not displaced by the enactment of the *Constitution Act, 1982*.

To the same effect, Estey J., at p. 1207, stated:

The power to establish or add to a system of Roman Catholic separate schools found in s. 93(3) expressly contemplates that the province may legislate with respect to a religiously-based school system funded from the public treasury. Although the *Charter* is intended to constrain the exercise of legislative power conferred under the *Constitution Act, 1867* where the delineated rights of individual members of the community are adversely affected, it cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*. [Emphasis added.]

138 When the province exercises its plenary power outside of the areas specified in s. 93(1) and (3), it cannot be said that any distinctions that violate the *Charter* are “expressly permitted” or even contemplated. Legislation in such cases is no different from legislation under any of the heads of s. 92. Giving effect to the *Charter* will not invalidate any power conferred by s. 93 and the principle in the *Reference Re Bill 30* has no application.

139 This conclusion is not affected by anything that was said in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, to which my colleague refers. In *Mahe*, parents of children of the minority Francophone community

On a statué que le projet de loi 30 échappait à l’examen fondé sur la *Charte* parce qu’il constituait un exercice du pouvoir absolu d’une manière explicitement envisagée par le par. 93(3), qui permettait d’adopter des lois établissant des distinctions fondées sur la religion. Accorder, dans ces cas, une réparation fondée sur la *Charte*, en raison de ces distinctions, annihilerait le pouvoir de les faire. Une partie de la *Charte* se trouverait alors à en invalider une autre. Comme l’affirme le juge Wilson, à la p. 1198:

Mais la province est maître dans sa propre maison lorsqu’elle légifère en vertu de son pouvoir absolu en matière d’écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes. C’est là l’entente qui a été conclue à la Confédération et à laquelle, à mon avis, l’adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* n’a rien changé.

Les propos du juge Estey, à la p. 1207, vont dans le même sens:

Le pouvoir de créer un réseau d’écoles séparées catholiques ou de l’agrandir, qu’on trouve au par. 93(3), prévoit expressément que la province peut légiférer relativement à un système scolaire reposant sur la religion financé à même le trésor public. Certes, on a voulu que la *Charte* limite l’exercice des compétences législatives conférées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, lorsqu’il est porté atteinte aux droits y énoncés des individus composant la société; mais elle ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Je souligne.]

Lorsque la province exerce son pouvoir absolu en dehors des domaines mentionnés aux par. 93(1) et (3), on ne saurait dire que toute distinction qui viole la *Charte* est «expressément autorisée» ou même prévue. Dans ces cas, la situation de la loi en cause n’est pas différente de celle d’une loi adoptée en vertu de l’un ou l’autre des chefs de compétence énumérés à l’art. 92. Appliquer la *Charte* n’invalidera aucun pouvoir conféré par l’art. 93 et le principe énoncé dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30* ne s’applique pas.

Rien de ce qui a été dit dans l’arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, que mentionne mon collègue, ne change quoi que ce soit à cette conclusion. Dans l’affaire *Mahe*, des parents d’enfants de

in Edmonton claimed the right to management and control of their schools. In furtherance of this claim, they sought the benefit of s. 15 in interpreting their rights under s. 23 of the *Charter*. Dickson C.J. refused to accede to this argument. He observed that s. 23 provides in a comprehensive way for protection of minority linguistic rights. English and French minorities are given preferential treatment over other groups and it would be quite incongruous for members of one of these groups to rely on s. 15 which seeks to attain universal equality for all individuals.

The situation in *Mahe* is not at all comparable to the situation in which the appellants claim *Charter* relief. They are not members of a group entitled to claim protection under s. 93(1) or (3). They cannot be told, as were the appellants in *Mahe*, that there is already a special provision in the *Charter* for protection of their rights. The case would be comparable if parents of children of a separate school sought the aid of s. 15 to maximize their rights and privileges under s. 93.

2. Section 93(1) and the *Charter*

The second proposition advanced by my colleague which serves to insulate the impugned legislation from *Charter* scrutiny under s. 15 is that pre-Confederation legislation equated certain rights and privileges of separate schools to those of public schools and thereby impliedly brought these rights and privileges within the protection of s. 93(1). Not all rights and privileges of public schools existing at Confederation are protected, just those that relate to the existence of public schools "which are open to all members of society, without distinction".

I note at the outset that this proposition erroneously assumes that because certain rights and privileges of the Protestant majoritarian schools are relevant in identifying the rights and privileges of separate schools, the former are *ipso facto* given

la minorité francophone d'Edmonton réclamaient le droit de gérer et de contrôler leurs écoles. Dans leur demande, ils ont cherché à se prévaloir de l'art. 15 pour interpréter le droit que leur conférait l'art. 23 de la *Charte*. Le juge en chef Dickson a refusé de faire droit à cet argument. Il a fait observer que l'art. 23 offre une protection complète des droits linguistiques des minorités. Les minorités francophones et anglophones bénéficient d'un traitement préférentiel par rapport à d'autres groupes, et il serait tout à fait absurde que des membres de l'un de ces groupes invoquent l'art. 15 qui vise à réaliser l'égalité de tous.

La situation dans *Mahe* n'est absolument pas comparable aux circonstances dans lesquelles les appelants demandent une réparation fondée sur la *Charte*. Les appelants ne font pas partie d'un groupe ayant le droit de réclamer une protection en vertu des par. 93(1) ou (3). On ne peut pas leur dire, comme les appelants se l'ont fait dire dans *Mahe*, que la *Charte* renferme déjà une disposition spéciale relative à la protection de leurs droits. Les deux situations seraient comparables si les parents d'enfants qui fréquentent une école séparée cherchaient à recourir à l'art. 15 pour maximiser leurs droits et privilèges en vertu de l'art. 93.

2. Le paragraphe 93(1) et la *Charte*

La deuxième proposition que mon collègue a avancée pour soustraire la loi attaquée à l'examen fondé sur l'art. 15 de la *Charte* est que les lois en vigueur avant la Confédération assimilaient certains droits et privilèges des écoles séparées à ceux des écoles publiques, et faisaient implicitement en sorte que ces droits et privilèges bénéficiaient de la protection du par. 93(1). Ce ne sont pas tous les droits et privilèges des écoles publiques qui existaient lors de la Confédération qui sont protégés, mais seulement ceux qui ont trait à l'existence des écoles publiques «qui sont accessibles à tous les membres de la société, sans distinction».

Je souligne, au départ, que cette proposition suppose à tort que, parce qu'ils sont pertinents pour déterminer les droits et privilèges des écoles séparées, certains droits et privilèges des écoles protestantes de la majorité bénéficient, par le fait même,

140

141

142

constitutional protection. My colleague says, at para. 44, that "public schools are part and parcel of s. 93's comprehensive code". But, the rights and privileges of public schools are merely the benchmarks for ascertaining the rights and privileges of separate schools. Certain provisions of pre-Confederation statutes gave separate schools the same rights as enjoyed by public schools. While the terms of those statutes are relevant to ascertain what these rights and privileges were, the statutes themselves are not given constitutional status. Only the rights and privileges of separate schools were given constitutional protection.

de la protection de la Constitution. Mon collègue affirme, au par. 44, que «les écoles publiques font partie intégrante du code complet de l'art. 93». Cependant, les droits et privilèges des écoles publiques ne constituent que des points de repère pour déterminer les droits et privilèges des écoles séparées. Certaines dispositions des lois en vigueur avant la Confédération conféraient aux écoles séparées les mêmes droits que ceux dont jouissaient les écoles publiques. Bien que le texte de ces lois soit pertinent pour déterminer quels étaient ces droits et privilèges, ces lois elles-mêmes n'ont pas un statut constitutionnel. Seuls les droits et privilèges des écoles séparées étaient protégés par la Constitution.

143 My colleague further states that the plenary power is entrenched only as long as it is exercised within the confines referred to above. The province can legislate, however, to extend funding to independent religious schools which, of course, are not open to all without distinction. Such legislation would perforce be subject to the *Charter*. It follows logically that failure to legislate would also be subject to the *Charter*. On a more fundamental basis, I cannot accept that, when the plenary power is exercised divorced from s. 93(1) and (3), it is entrenched in the sense that its exercise is immune from *Charter* scrutiny. It is entrenched only to the same extent that other powers in s. 92 are entrenched. It is in the Constitution and like other powers can be exercised only in conformity with the *Charter*.

Mon collègue affirme aussi que le pouvoir absolu n'est constitutionnalisé que dans la mesure où il est exercé dans les limites susmentionnées. Cependant, la province peut légiférer pour financer des écoles confessionnelles indépendantes qui ne sont évidemment pas accessibles à tous, sans distinction. Une telle loi serait nécessairement assujettie à l'application de la *Charte*. En toute logique, il s'ensuit qu'une omission de légiférer serait également sujette à l'application de la *Charte*. D'une façon plus fondamentale, je ne puis accepter que, s'il est exercé indépendamment des par. 93(1) et (3), le pouvoir absolu est constitutionnalisé en ce sens que son exercice échappe à l'examen fondé sur la *Charte*. Il n'est constitutionnalisé que dans la même mesure que les pouvoirs énumérés à l'art. 92. Il se trouve dans la Constitution et, à l'instar d'autres pouvoirs, il ne peut être exercé qu'en conformité avec la *Charte*.

144 With due respect to the contrary view, the conclusion I have reached is supported by: (1) the wording of s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and s. 29 of the *Constitution Act, 1982*; (2) the historical background; (3) the cases; and (4) policy.

En toute déférence pour l'opinion contraire, la conclusion à laquelle j'arrive est appuyée par (1) le texte de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'art. 29 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, (2) le contexte historique, (3) la jurisprudence, et (4) la politique générale.

3. Sections 93 and 29

3. Les articles 93 et 29

145 Section 93(1) provides:

Voici le texte du par. 93(1):

93. . . .

93. . . .

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

There is no mention in s. 93(1) of any rights or privileges of the common schools or of the rights and privileges of the majority.

Section 93(2) refers to the separate schools and the dissentient schools. No mention is made of common schools or the schools of the majority.

Section 93(3) refers only to "any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority". In ascertaining what rights and privileges are protected by s. 93(1), it is necessary to review the history of pre-Confederation legislation. As stated by Wilson J. in the *Reference Re Bill 30*, at p. 1177:

It is immediately apparent that the scope of the rights and privileges protected under the section must be determined by ascertaining the rights and privileges in existence at the time of the Union. Was there any right or privilege entitling denominational secondary schools to full funding by law at the time of Confederation? To answer this it is necessary to consider the history of pre-Confederation legislation pertaining to education in Upper Canada.

In some instances, as in the case of funding, the historical evidence reveals that the denominational schools were treated on an equal footing with the majority school system. In such cases, the only relevance of the right and privilege is to establish the constitutionally protected entitlement of the denominational school. The fact that historical evidence relating to the entitlement of the majority schools is resorted to does not mean that it is thereby given constitutional protection.

In 1982 the framers of the *Charter* had occasion to consider what protection was provided under s. 93(1). Section 29 was enacted to immunize rights protected by s. 93(1) from *Charter* scrutiny.

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

Le paragraphe 93(1) ne mentionne aucunement les droits ou privilèges des écoles communes, ni les droits et privilèges de la majorité. 146

Le paragraphe 93(2) parle des écoles séparées et des écoles dissidentes. Il ne mentionne aucunement les écoles communes ou les écoles de la majorité. 147

Le paragraphe 93(3) ne mentionne que les «droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine». Pour déterminer quels sont les droits et privilèges protégés par le par. 93(1), il est nécessaire d'examiner l'historique de la loi antérieure à la Confédération. Comme l'affirme le juge Wilson, à la p. 1177 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*: 148

On voit tout de suite que la portée des droits et privilèges garantis par l'article doit être déterminée en vérifiant les droits et privilèges qui existaient au moment de l'Union. Y avait-il quelque droit ou privilège donnant aux écoles confessionnelles de niveau secondaire le droit au plein financement, selon la loi, à l'époque de la Confédération? Pour répondre à cela, il est nécessaire d'examiner l'historique de la législation antérieure à la Confédération portant sur l'enseignement dans le Haut-Canada.

Dans certains cas, comme celui du financement, la preuve historique révèle que les écoles confessionnelles étaient considérées sur un pied d'égalité avec les écoles de la majorité. Dans de tels cas, les droits et privilèges ne sont pertinents que pour établir les droits relatifs aux écoles confessionnelles que protège la Constitution. Le fait que l'on utilise la preuve historique concernant les droits relatifs aux écoles de la majorité ne signifie pas pour autant que ces droits sont protégés par la Constitution. 149

En 1982, les rédacteurs de la *Charte* ont eu l'occasion d'examiner la protection offerte en vertu du par. 93(1). L'article 29 a été adopté pour que les droits protégés par le par. 93(1) échappent à l'exa- 150

Section 29, therefore, serves as a statement of Parliament and the provinces which ratified the *Charter* as to the extent of the rights guaranteed by s. 93(1). In the *Reference Re Bill 30*, Wilson J. was of the view that s. 29 immunized s. 93(1) from *Charter* review even though she concluded that such immunity existed apart from s. 29. Section 29 was adopted for greater certainty. This in no way diminishes its force as a statement by Parliament and provinces as to what s. 93(1) protects. Section 29 is a clear statement that the rights and privileges guaranteed under s. 93 are those of “denominational, separate or dissentient schools”.

4. Historical Background

151 A number of cases have reviewed the background to the historical compromise which s. 93 embodies. See *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, and *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398. The most recent review is contained in the reasons of Wilson J. in the *Reference Re Bill 30*. At p. 1173, Wilson J. sums up the situation as follows:

The protection of minority religious rights was a major preoccupation during the negotiations leading to Confederation because of the perceived danger of leaving the religious minorities in both Canada East and Canada West at the mercy of overwhelming majorities.

152 Wilson J. refers to extracts in the Parliamentary debates of the time to stress the crucial importance of protecting the religious minority. At p. 1173, the statement of Lord Carnarvon is quoted:

... the object of the clause [s. 93] is to secure to the religious minority of one province the same rights, privileges and protection which the religious minority of another Province may enjoy. The Roman Catholic minority of Upper Canada, the Protestant minority of Lower Canada and the Roman Catholic minority of the Maritime Provinces, will thus stand on a footing of entire equality.

men fondé sur la *Charte*. En conséquence, l’art. 29 constitue un énoncé du Parlement et des provinces qui ont ratifié la *Charte*, relativement à l’étendue des droits garantis par le par. 93(1). Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le juge Wilson était d’avis que l’art. 29 mettait le par. 93(1) à l’abri d’un examen fondé sur la *Charte*, même si elle a conclu que cette immunité existait indépendamment de l’art. 29. L’article 29 a été adopté pour plus de certitude. Cela ne diminue aucunement sa force en tant qu’énoncé du Parlement et des provinces relativement à ce qui est protégé par le par. 93(1). L’article 29 énonce clairement que les droits et privilèges garantis en vertu de l’art. 93 sont ceux relatifs aux écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

4. Le contexte historique

Le contexte du compromis historique que consacrer l’art. 93 a été examiné dans un certain nombre de décisions. Voir *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, et *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398. L’examen le plus récent a été fait par le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*. À la page 1173, le juge Wilson résume ainsi la situation:

La protection des droits religieux des minorités constituait une préoccupation majeure lors des négociations qui ont abouti à la Confédération parce qu’on craignait que les minorités religieuses de l’Est et de l’Ouest canadiens ne soient livrées à la merci de majorités écrasantes.

Le juge Wilson renvoie à des extraits des débats parlementaires de l’époque pour faire ressortir l’importance cruciale de protéger la minorité religieuse. À la page 1173, elle cite une déclaration de lord Carnarvon:

(TRADUCTION) ... l’objet de la disposition (l’art. 93) est d’assurer à la minorité religieuse d’une province la même protection et les mêmes droits et privilèges que ceux dont peut jouir la minorité religieuse d’une autre province. La minorité catholique du Haut-Canada, la minorité protestante du Bas-Canada et la minorité catholique des provinces maritimes seront en conséquence sur un pied de parfaite égalité.

And, at pp. 1173-74, Sir Charles Tupper in *Debates of the House of Commons* dated March 3, 1896, at p. 2724, is quoted as follows:

... I say it within the knowledge of all these gentlemen . . . that but for the consent to the proposal of the Hon. Sir Alexander Galt, who represented especially the Protestants of the great province of Quebec on that occasion, but for the assent of that conference to the proposal of Sir Alexander Galt, that in the Confederation Act should be embodied a clause which would protect the rights of minorities, whether Catholic or Protestant, in this country, there would have been no Confederation . . . I say, therefore, it is important, it is significant that without this clause, without this guarantee for the rights of minorities being embodied in that new constitution, we should have been unable to obtain any confederation whatever. That is my reason for drawing attention to it at present.

No mention is made in these historic statements of protection for the majority. The reason is obvious. The majority was in control of the legislature and had no need to have special guarantees in the *Constitution Act, 1867*. Wilson J. sums it up at p. 1193:

The security afforded the Roman Catholic minority through the tying of funding for its schools to a proportion of the funding for the common schools was in the certainty that the Legislature would never cut off funding for the common schools. There would therefore always be a grant in which the separate schools would be entitled to share.

There is another aspect of my colleague's analysis of this point to which the historical background is pertinent. The rights and privileges that s. 93(1) protects are those which existed at law at Confederation. With respect to denominational schools, all such rights are protected provided they relate to the denominational character of the school. See *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, *supra*. If the plenary power to legislate to protect the existence of public schools "designed for all members of the community alike, whatever their creed" was similarly entrenched, one would expect to find some historical support for this. One would expect to find pre-

Puis, aux pp. 1173 et 1174, elle cite une déclaration de sir Charles Tupper, figurant dans les *Débats de la Chambre des communes* du 3 mars 1896, à la p. 2724:

... je le dis à la connaissance de tous ces messieurs [...] sans l'adoption de la proposition de l'honorable sir Alexander Galt, qui représentait tout spécialement les protestants de la grande province de Québec, si l'on n'eût pas consenti à mettre dans l'Acte de la Confédération une disposition protégeant les droits des minorités, catholiques ou protestantes, dans ce pays, il n'y aurait pas eu de confédération (...) Je dis donc qu'il est important, qu'il est significatif de noter que, sans l'insertion dans la nouvelle constitution de cet article, de cette garantie des droits des minorités, nous n'aurions pas eu de confédération du tout. [C'est la raison pour laquelle j'attire maintenant votre attention sur ce fait.]

Dans ces déclarations historiques, il n'est pas question de la protection de la majorité. La raison en est évidente. C'est la majorité qui avait le contrôle de la législature et elle n'avait pas besoin de bénéficier de garanties spéciales dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Wilson résume la situation, à la p. 1193:

La garantie accordée à la minorité catholique en liant les fonds affectés à ses écoles à une proportion des fonds affectés aux écoles communes, reposait sur la certitude que le législateur ne cesserait jamais de financer les écoles communes. Il y aurait donc toujours des fonds dont une part reviendrait aux écoles séparées.

L'analyse que mon collègue fait de ce point comporte un autre aspect relativement auquel le contexte historique est pertinent. Les droits et privilèges protégés par le par. 93(1) sont ceux qui existaient en droit au moment de la Confédération. En ce qui concerne les écoles confessionnelles, tous ces droits sont protégés à la condition qu'ils se rapportent au caractère confessionnel de l'école. Voir l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, précité. Si le pouvoir absolu de légiférer pour protéger l'existence des écoles publiques [TRADUCTION] «destinées à tous les membres de la collectivité de la même façon, quelle que soit leur foi»

153

154

Charter challenges to the teaching of Christianity in the public schools on this basis. The historical record, however, does not support this scenario. While education in common schools might have been classed as non-denominational, it certainly did not conform to the model which my colleague says s. 93 is intended to protect from the *Charter*. Instead, the Council of Public Instruction for Upper Canada prescribed that "Christianity is the basis of our whole system of elementary education . . . [and] that principle should pervade it throughout" (as quoted by Pierre Carignan, "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375, at p. 431, note 269). Moreover, where separate denominational schools were allowed to exist, children of that denomination were not entitled to attend common schools but were required to attend separate school: *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64, s. 27(16). Dissident parents that did not have the benefit of a separate school had to rely on a statutory exemption in order for their children to be excused from participating in religious activities or instruction in the public school system. See *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, s. 169. Similar provisions remained virtually unchanged on the books in Ontario until recent times. The very existence of such an exemption confirms the non-secular nature of the public school system at the time of Confederation.

était aussi inscrit dans la Constitution, on s'attendrait à trouver des faits historiques à l'appui de cela. On s'attendrait à trouver qu'il y a eu, pour ce motif, des contestations antérieures à la *Charte* relativement à l'enseignement du christianisme dans les écoles publiques. Cependant, l'histoire n'appuie pas ce scénario. Même si l'éducation dans les écoles communes avait pu être considérée comme non confessionnelle, elle n'était sûrement pas conforme au modèle que l'art. 93 visait, selon mon collègue, à soustraire à l'application de la *Charte*. Au contraire, le Council of Public Instruction for Upper Canada avait affirmé que [TRADUCTION] «[l]e christianisme est le fondement de tout notre système d'enseignement élémentaire [. . .] [et] ce principe devrait l'animer au complet» (cité par Pierre Carignan, «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375, à la p. 431, note 269). De plus, dans le cas où des écoles confessionnelles séparées pouvaient exister, les enfants de la foi y professée n'avaient pas le droit de fréquenter les écoles communes, mais devaient fréquenter des écoles séparées: *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, ch. 64, par. 27(16). Les parents dissidents qui ne bénéficiaient pas d'une école séparée devaient se prévaloir d'une exception prévue dans la loi pour que leurs enfants puissent être dispensés de participer à des activités religieuses, encore envoyer leurs enfants dans des écoles du système public. Voir *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, art. 169. Des dispositions semblables, presque inchangées, étaient encore en vigueur en Ontario jusqu'à tout récemment. L'existence même d'une telle exemption confirme le caractère non laïque du système d'écoles publiques à l'époque de la Confédération.

The issue of religious education in Ontario public schools was the subject of two comprehensive government studies: the *Royal Commission on Education in Ontario* (the Hope Commission) in the early fifties and the Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario (the MacKay Committee) in the late sixties. Referring extensively to Christian values and

La question de l'éducation religieuse dans les écoles publiques de l'Ontario a fait l'objet de deux études gouvernementales exhaustives: la *Royal Commission on Education in Ontario* (la commission Hope) au début des années 50, et le Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario (le comité MacKay) à la fin des années 60. En décrivant abondamment les

ideas as the cornerstone of Canadian society, the Hope Commission Report endorsed the existing system of religious education in public schools, in particular the teaching of “honesty and Christian love”.

The MacKay Report (*Report on Religious Information and Moral Development*), released in 1969, examined the existing system and concluded that the religious curriculum was designed to indoctrinate students in the Christian faith and way of life. Considering the exemption provisions, the Committee concluded that they were discriminatory and unfair. While some changes towards secularization took place, it was not until the provisions were successfully challenged under the *Charter* that the exemption provisions were removed.

Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director) (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.), and *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.) (hereinafter referred to as the *Elgin County* case), in which religious instruction was successfully challenged, contain no discussion that would suggest that there was any consideration given as to whether the plenary power had been exercised within the confines that immunize its exercise from *Charter* challenge. In my view these cases were decided, and rightly so, on the ground that the *Charter* applied because they were not dealing with protected rights in that rights and privileges of the public school system were at issue.

5. The Cases

The judgments of this Court and the Privy Council that have analysed s. 93 uniformly refer only to the rights and privileges of religious minorities. No case has been cited and I have been unable to find one that suggests that the protection of s. 93(1) extends to aspects of the public school system. In *Hirsch, supra*, at p. 207, Viscount Cave stated:

valeurs et les idées chrétiennes comme étant la pierre angulaire de la société canadienne, le rapport de la commission Hope a approuvé le régime existant d'enseignement religieux dans les écoles publiques, notamment l'enseignement de [TRADUCTION] «l'honnêteté et [de] l'amour chrétien».

Le rapport MacKay (*Report on Religious Information and Moral Development*) rendu public en 1969, a examiné le régime qui existait à l'époque et a conclu que le programme d'enseignement religieux visait à inculquer aux élèves la foi et le mode de vie chrétiens. Dans son examen des dispositions d'exemption, le comité a conclu qu'elles étaient discriminatoires et inéquitables. Bien qu'il y ait eu, à l'époque, une certaine évolution vers la laïcisation, ce n'est qu'après qu'elles eurent été contestées avec succès en vertu de la *Charte* que les dispositions d'exemption ont été supprimées.

Les affaires *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.), et *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.) (ci-après «*Elgin County*»), dans lesquelles l'enseignement religieux a été contesté avec succès, ne renferment aucune analyse qui laisserait supposer que l'on a examiné si l'exercice du pouvoir absolu s'était fait à l'intérieur des limites qui lui permettent d'échapper à toute contestation fondée sur la *Charte*. À mon avis, en rendant ces deux arrêts, la Cour d'appel a tenu pour acquis, à juste titre que la *Charte* s'appliquait parce qu'il n'était pas question de droits protégés, mais plutôt de droits et privilèges du régime d'écoles publiques.

5. La jurisprudence

Les arrêts dans lesquels notre Cour et le Conseil privé ont analysé l'art. 93 ne portent tous que sur les droits et privilèges de minorités religieuses. On ne nous a cité aucune décision — et d'ailleurs je n'en ai trouvé aucune — dans laquelle la protection du par. 93(1) s'applique à des aspects du régime d'écoles publiques. Dans l'arrêt *Hirsch*, précité, à la p. 207, le vicomte Cave affirme:

156

157

158

In order to determine whether the restrictions imposed by s. 93 of the Act of 1867 are infringed by the Quebec statute of 1903, it is necessary to consider, first, whether any and which of the schools referred to in that statute were denominational schools in which any class of persons had by law any right or privilege at the Union, and, secondly, whether and to what extent that statute prejudicially affects any such right or privilege.

159

In the *Reference Re Bill 30* there are numerous references to the scope of s. 93(1). I have already referred to them above. No suggestion is made that the protection relates to rights and privileges of public schools. My colleague's reference to the statements of Wilson J. in relation to the plenary power does not support his paraphrase to the effect that legislation under the plenary power relating to funding for secular schools is insulated from *Charter* attack. It is clear that it is the exercise of the plenary power in relation to the matters specifically authorized by s. 93(3) that is immune. The whole of the passage from which my colleague's extracts are taken makes this clear. Wilson J. states, at p. 1198:

The question then becomes: does s. 29 protect rights or privileges conferred by legislation passed under the province's plenary power in relation to education under the opening words of s. 93? In my view, it does although again I do not believe it is required for this purpose. The Confederation compromise in relation to education is found in the whole of s. 93, not in its individual parts. The section 93(3) rights and privileges are not guaranteed in the sense that the s. 93(1) rights and privileges are guaranteed, i.e., in the sense that the legislature which gave them cannot later pass laws which prejudicially affect them. But they are insulated from *Charter* attack as legislation enacted pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. Their protection from *Charter* review lies not in the guaranteed nature of the rights and privileges conferred by the legislation but in the guaranteed nature of the province's plenary power to enact that legislation. What the province gives pursuant to its plenary power the province can take away, subject only to the right of appeal to the Governor General in Council. But the province is master of its own house when it legislates

[TRANSLATION] Pour déterminer si la loi québécoise de 1903 contrevient aux restrictions imposées par l'art. 93 de la Loi de 1867, il faut, premièrement, examiner s'il y avait, parmi les écoles énumérées dans cette loi, des écoles confessionnelles relativement auxquelles une catégorie de personnes avait un droit ou privilège conféré par la loi lors de l'Union, et quelles étaient ces écoles, et deuxièmement, si la loi en cause portait à un tel droit ou privilège et dans quelle mesure elle le faisait.

Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, on mentionne, à maintes reprises, la portée du par. 93(1). J'ai déjà parlé de ces mentions. On ne laisse aucunement entendre que la protection a trait aux droits et privilèges des écoles publiques. La mention que mon collègue fait des propos du juge Wilson relativement au pouvoir absolu ne justifie pas sa paraphrase voulant qu'une loi sur le financement d'écoles laïques, adoptée en vertu du pouvoir absolu, échappe à toute contestation fondée sur la *Charte*. De toute évidence, c'est l'exercice du pouvoir absolu, relativement aux questions explicitement autorisées par le par. 93(3), qui est à l'abri d'une telle contestation. Le passage au complet dont mon collègue cite des extraits précise clairement cela. Le juge Wilson affirme, à la p. 1198:

La question devient alors la suivante: l'art. 29 protège-t-il les droits ou privilèges acquis en vertu des lois que la province a adoptées conformément au pouvoir absolu que lui confère en matière d'éducation la disposition liminaire de l'art. 93? J'estime que oui même si, encore une fois, je ne crois pas qu'il soit nécessaire à cette fin. Le compromis fédéral en matière d'éducation se trouve dans l'ensemble de l'art. 93 et non dans ses éléments constitutifs pris individuellement. Les droits et privilèges du par. 93(3) ne sont pas garantis dans le même sens que les droits et privilèges du par. 93(1) le sont, c'est-à-dire en ce sens que l'assemblée législative qui les a conférés ne peut, par la suite, adopter des lois qui leur portent atteinte. Cependant, ils sont à l'abri de toute contestation fondée sur la *Charte* en tant que lois adoptées conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis fédéral. Leur protection contre tout examen fondé sur la *Charte* réside non pas dans la nature garantie des droits et privilèges conférés par des lois, mais bien dans la nature garantie du pouvoir absolu de la province d'adopter ces lois. Ce que la province donne conformément à son pouvoir absolu, elle peut le reprendre sous réserve seulement du droit d'interjeter appel au gouver-

under its plenary power in relation to denominational, separate or dissentient schools.

As I have pointed out earlier in my reasons, the Court was at pains to stress that the plenary power itself was no different in character than any of the powers in s. 92. When exercised in the manner expressly permitted by s. 93(3) in relation to denominational schools, the legislature is expressly authorized to make distinctions on the basis of religion. This is what renders the legislation immune from *Charter* review. If subject to the *Charter*, s. 93(3) would be emasculated. This would mean that one part of the Constitution would be permitted to invalidate another. As explicitly stated by Estey J. in the passage quoted above from *Reference Re Bill 30* at p. 1207, "it [the *Charter*] cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*".

In *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, our Court held that even in respect of denominational schools only denominational aspects and non-denominational aspects related thereto were protected. At issue was the validity of s. 16(7) of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, and regulations thereunder which sought to regulate the non-denominational aspects of elementary and secondary curriculum. The appellants contended that these provisions violated a right protected under s. 93(1) enabling the Protestant minority in Quebec to manage and control its schools, including curriculum. At p. 411, Beetz J. stated:

... certain non-denominational aspects of curriculum may fall within the protection of the s. 93(1) guarantee because they are "with respect to Denominational Schools". In other words, constitutional protection "with respect to Denominational Schools" has both denominational and non-denominational components. The prob-

neur général en conseil. Mais la province est maître dans sa propre maison lorsqu'elle légifère en vertu de son pouvoir absolu en matière d'écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes.

Comme je l'ai déjà fait remarquer dans mes motifs, notre Cour a bien pris soin de souligner que la nature du pouvoir absolu lui-même n'était pas différente de celle de l'un ou l'autre pouvoir énuméré à l'art. 92. Lorsqu'il exerce son pouvoir de la façon explicitement permise au par. 93(3) relativement aux écoles confessionnelles, le législateur est expressément autorisé à établir des distinctions fondées sur la religion. C'est ce qui fait que la loi échappe à tout examen fondé sur la *Charte*. S'il était assujéti à l'application de la *Charte*, l'effet du par. 93(3) serait atténué. Cela signifierait qu'une partie de la Constitution pourrait servir à en invalider une autre. Comme l'a précisé le juge Estey dans l'extrait précité du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, à la p. 1207, «elle [la *Charte*] ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*».

Dans l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, précité, notre Cour a statué que, même dans le cas des écoles confessionnelles, la protection ne s'étendait qu'aux aspects confessionnels et non confessionnels s'y rattachant. Il était question de la validité du par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-14, et de son règlement d'application qui cherchaient à régler les aspects non confessionnels du programme d'études aux niveaux primaire et secondaire. Les appelantes soutenaient que ces dispositions violaient un droit protégé par le par. 93(1), savoir le droit de la minorité protestante au Québec d'administrer et de diriger ses propres écoles, y compris le programme d'études. Comme l'affirme le juge Beetz, à la p. 411:

... certains aspects non confessionnels du programme d'études peuvent bénéficier de la protection offerte par la garantie énoncée au par. 93(1) parce qu'ils sont relatifs aux écoles confessionnelles. En d'autres termes, la protection constitutionnelle «relativement aux écoles confessionnelles» comporte aussi bien des éléments

160

161

lem in *Hull* [*Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575], in this case and in other like cases, is determining the extent to which these non-denominational aspects of curriculum merit constitutional protection.

162 In *Mahe*, *supra*, it was argued that the transfer of power to linguistic minority boards would infringe the rights and privileges of denominational schools under s. 93(1). Dickson C.J., speaking for the Court, held that transfer of powers of management and control to a minority linguistic board would not alter the denominational character of denominational schools. At pp. 382-83, he observed:

The transfer of the powers in respect of management and control thus amounts to the regulation of a non-denominational aspect of education, namely, the language of instruction, a form of regulation which the courts have long held to be valid I note that this conclusion was also reached by the Ontario Court of Appeal in *Reference Re Education Act of Ontario*, [(1984), 10 D.L.R. (4th) 491]. That court stated that the provinces enjoy a "full power of regulation", adding on p. 538, that "[s]o long as the legislation regulates education and does not threaten the existence of the separate schools or interfere with their denominational character it is valid". [Emphasis in original.]

163 In the latest pronouncement by this Court with respect to the scope of the protection afforded by s. 93(1), Gonthier J., writing for the Court in *Reference re Education Act (Qué.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at pp. 539-40, states:

Section 93 of the Constitution crystallizes the rights and privileges pertaining to denominational schools under the law in effect at the time of Confederation: it is in a sense a snapshot of the legislative situation in 1867.

As the rights and privileges protected by s. 93(1) of the Constitution are those with respect "to Denominational Schools", it is helpful in determining the scope of

confessionnels que des éléments non confessionnels. Le problème dans l'affaire *Hull* [*Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575], dans la présente affaire et dans des affaires analogues, est de déterminer dans quelle mesure ces aspects non confessionnels du programme d'études méritent d'être protégés par la Constitution.

Dans *Mahe*, précité, on a soutenu que le transfert de pouvoirs à des conseils de la minorité linguistique contreviendrait aux droits et privilèges des écoles confessionnelles visés au par. 93(1). Le juge en chef Dickson a statué, au nom de notre Cour, qu'un transfert des pouvoirs de gestion et de contrôle à un conseil de la minorité linguistique ne changerait pas le caractère confessionnel des écoles confessionnelles. Aux pages 382 et 383, il fait remarquer:

Le transfert des pouvoirs relatifs à la gestion et au contrôle consiste donc en la réglementation d'un aspect non confessionnel de l'enseignement, savoir, la langue de l'enseignement, une forme de réglementation que les tribunaux ont depuis longtemps déclarée valide [. . .] Je note que c'est aussi la conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Reference Re Education Act of Ontario* [(1984), 10 D.L.R. (4th) 491]. Cette cour a déclaré en effet que les provinces possèdent (TRADUCTION) «un plein pouvoir de réglementation», ajoutant à la p. 538 que (TRADUCTION) «pourvu que la mesure législative réglemente l'enseignement et ne menace pas l'existence des écoles séparées ni ne touche à leur caractère confessionnel, elle est valide». [Souligné dans l'original.]

Dans le dernier arrêt que notre Cour a rendu sur l'étendue de la protection accordée par le par. 93(1), à savoir le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, le juge Gonthier affirme, au nom de notre Cour, aux pp. 539 et 540:

L'article 93 de la Constitution cristallise les droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles selon la loi en vigueur à la date de la Confédération; il prend en quelque sorte un cliché instantané de la situation législative en 1867.

Comme les droits et privilèges protégés par le par. 93(1) de la Constitution sont ceux relatifs «aux écoles confessionnelles», il est utile pour déterminer l'étendue

the constitutional protection to try to distinguish the content of denominational status beyond the definition of the denominational school itself.

6. Policy

Section 93, although it served to promote the union of the provinces, has also been a considerable impediment to reform designed to modernize the education system. Changes have been achieved only through long and costly litigation as the plethora of cases dealing with s. 93 attests. As a consequence, one province is nearing completion of the process of attempting to discard this costly yoke. The process, however, involves a long and expensive constitutional amendment. In light of the foregoing, in my view it would be a retrograde step to add to the costly restrictions on the power of provinces to legislate with respect to education. Inasmuch as it has not been suggested in the past that changes to the public school system may infringe s. 93, a decision to this effect would likely produce a flurry of litigation as many of the past changes to the public school system are challenged on the basis of their departure from the Confederation benchmark. Moreover, the distinction between protected rights and those which are subject to provincial legislation is less than crystal clear.

To conclude on this aspect of the appeal, I am of the view that the legislation which funds public schools but not religious-based independent schools is subject to *Charter* scrutiny. I now turn to consider whether the legislation violates the *Charter*.

7. The Charter — Freedom of Religion

It is evident that there is some overlap between the claims based on s. 2(a) and s. 15 of the *Charter*. Under both sections, the appellants argue that the non-funding of private religious schools imposes an unfair burden on them. In both contexts, the argument is made that the appellants suffer an economic disadvantage in relation to parents who send their children to secular public schools.

de la protection constitutionnelle d'essayer de distinguer le contenu de la confessionnalité au-delà de la définition de l'école confessionnelle elle-même.

6. La politique générale

Même s'il a favorisé l'union des provinces, l'art. 93 a aussi constitué un obstacle majeur à une réforme destinée à moderniser le système d'éducation. Des changements n'ont été réalisés qu'à la suite de litiges longs et coûteux comme en fait foi l'abondante jurisprudence relative à l'art. 93. C'est ainsi qu'une province est sur le point de compléter le processus de tentative de rompre ce joug onéreux. Cependant, ce processus comporte une modification constitutionnelle longue et coûteuse. Compte tenu de ce qui précède, il serait, à mon avis, rétrograde d'accroître les restrictions coûteuses imposées au pouvoir des provinces de légiférer en matière d'éducation. Dans la mesure où, dans le passé, on n'a pas laissé entendre que des changements au régime d'écoles publiques risquaient de contrevenir à l'art. 93, une décision en ce sens engendrerait probablement une avalanche de poursuites vu que bien des changements apportés autrefois au régime d'écoles publiques sont contestés en raison de leur dérogation à la situation qui existait au moment de la Confédération. De plus, la distinction entre les droits protégés et ceux qui sont assujettis à la loi provinciale est loin d'être parfaitement claire.

Pour conclure sur cet aspect du pourvoi, je suis d'avis que la loi qui prévoit le financement des écoles publiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Je vais maintenant examiner si la loi en cause viole la *Charte*.

7. La Charte — La liberté de religion

Il existe, de toute évidence, un chevauchement entre les revendications fondées sur l'al. 2a) et celles fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. Les appellants invoquent ces deux dispositions pour faire valoir que le non-financement des écoles confessionnelles privées leur impose un fardeau inéquitable. Dans les deux contextes, l'argument avancé veut que les appellants soient économiquement désavan-

164

165

166

On the one hand, this economic burden is said to amount to an infringement of freedom of religion. On the other hand, this same burden is said to deny to the appellants the equal benefit of the law on grounds of religion, in breach of equality rights guaranteed under s. 15. During oral argument, it became increasingly difficult to identify whether a particular argument supported a claim under s. 2(a) or under s. 15.

tagés par rapport aux parents qui envoient leurs enfants à l'école laïque publique. D'une part, on affirme que ce fardeau économique constitue une violation de la liberté de religion. D'autre part, on dit que ce fardeau prive les appelants du même bénéfice de la loi pour des motifs de religion, contrairement aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15. Pendant les plaidoiries, il est devenu de plus en plus difficile de déterminer si un argument donné appuyait une revendication fondée sur l'al. 2a) ou une revendication fondée sur l'art. 15.

167 This overlap may flow from the manner in which this Court approached the question of religious freedom in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. There this Court held that a Sunday-closing law infringed s. 2(a) because it imposed an economic burden on, *inter alia*, Saturday observers but not on Sunday observers. The analysis compared the effect of the legislation on different religious groups and on non-observers. Yet the Court in *Edwards Books* explicitly did not consider the issue under s. 15 because that section was not in force at the time the appellants were charged with breaching the Sunday-closing legislation.

Ce chevauchement peut être dû à la façon dont notre Cour a abordé la question de la liberté de religion dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu'une loi de fermeture le dimanche contrevenait à l'al. 2a) parce qu'elle imposait un fardeau économique à ceux qui observent le samedi notamment, mais non à ceux qui observent le dimanche. L'analyse comportait une comparaison entre l'incidence de la loi en cause sur différents groupes religieux et sur les gens qui n'observent aucun jour de repos hebdomadaire. Pourtant dans l'arrêt *Edwards Books*, notre Cour a explicitement refusé d'examiner la question sous l'angle de l'art. 15 parce que cette disposition n'était pas en vigueur à l'époque où les appelants ont été accusés d'avoir enfreint la loi de fermeture le dimanche.

168 The appellants submit that the current funding scheme violates their freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* by mandating that children be educated but providing funding only to secular public schools and not to religious-based independent schools. Section 21 of the *Education Act* provides:

Les appelants soutiennent que le régime actuel de financement viole la liberté de religion que leur garantit l'al. 2a) de la *Charte*, parce qu'il oblige les enfants à fréquenter l'école, mais ne prévoit que le financement des écoles laïques publiques et non celui des écoles confessionnelles indépendantes. L'article 21 de la *Loi sur l'éducation* se lit ainsi notamment:

21. — (1) Unless excused under this section,

21 (1) À moins d'en être dispensé aux termes du présent article:

(a) every child who attains the age of six years . . . shall attend an elementary or secondary school on every school day . . . in that year until the child attains the age of sixteen years;

a) l'enfant qui a atteint six ans [. . .] fréquente l'école élémentaire ou secondaire tous les jours de classe à compter de ce jour et de cette année, jusqu'à l'âge de seize ans;

(2) A child is excused from attendance at school if,

(2) L'enfant est dispensé de fréquenter l'école dans l'un des cas suivants:

(a) the child is receiving satisfactory instruction at home or elsewhere;

At trial, Anderson J. (1992), 9 O.R. (3d) 676, found that the above section made school attendance mandatory. The Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 1, correctly reversed this finding, holding that on the grounds of the exemption in s. 21(2), the Act made education compulsory, not school attendance. In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, we held that this type of scheme did not violate freedom of religion.

The precise issue in *Jones* was whether it was a violation of religious freedom to require someone to apply to the Alberta Department of Education to set up a private school or a home-teaching program for religious instruction. The appellant was challenging the fact that he was required to apply for an exemption from mandatory school attendance for the home schooling program he was providing for his children because to recognize the authority of the school board in such a way would offend his conscience and religious convictions. Wilson J., dissenting on another issue but with the support of the majority on this issue, said this requirement did not violate the appellant's s. 2(a) rights. At p. 312 she states:

In my view, the *School Act* does not offend religious freedom; it accommodates it. It envisages the education of pupils at public schools, private schools, at home or elsewhere. The legislation permits the existence of schools such as the appellant's which have a religious orientation. It is a flexible piece of legislation which seeks to ensure one thing — that all children receive an adequate education . . . There is no conflict between what the legislation requires and what the appellant feels it is his duty to provide. True, he wishes to provide more, specifically religious guidance, but the legislation does not prohibit that.

There is no disputing the fact that the appellants enjoy a fundamental constitutional right to send their children to the religious school of their choice. This Court has recently reiterated that parents have the right to educate their children in the

a) il reçoit un enseignement satisfaisant au foyer ou ailleurs;

Au procès, le juge Anderson (1992), 9 O.R. (3d) 676, a conclu que la disposition susmentionnée rendait obligatoire la fréquentation de l'école. La Cour d'appel (1994), 19 O.R. (3d) 1, a eu raison d'infirmer cette conclusion, statuant que, selon les motifs d'exemption visés au par. 21(2), la Loi rendait l'éducation obligatoire, mais pas la fréquentation de l'école. Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, nous avons statué que ce type de régime ne violait pas la liberté de religion.

Dans *Jones*, il s'agissait précisément de savoir si c'était une violation de la liberté de religion que d'obliger quelqu'un à demander au ministère de l'Éducation de l'Alberta la permission d'établir une école privée ou un programme d'enseignement à la maison pour fins d'instruction religieuse. L'appellant contestait le fait qu'il devait demander une exemption de fréquentation obligatoire de l'école à l'égard du programme d'enseignement à la maison qu'il offrait à ses enfants, pour le motif que reconnaître au conseil scolaire une telle compétence irait à l'encontre de sa conscience et de ses convictions religieuses. Le juge Wilson, dissidente sur une autre question, mais jouissant de l'appui de la majorité sur ce point, a affirmé que cette exigence ne violait pas les droits garantis à l'appellant par l'al. 2a). Elle affirme, à la p. 312:

À mon avis, la *School Act* ne porte pas atteinte à la liberté religieuse; elle compose avec elle. Elle envisage l'éducation des élèves dans les écoles publiques, les écoles privées, à la maison ou ailleurs. La Loi autorise des écoles, comme celle de l'appellant, qui ont une orientation religieuse. C'est une législation souple qui n'a qu'un seul but — que tous les enfants reçoivent un enseignement adéquat. [. . .] Il n'y a pas conflit entre ce que requiert la Loi et ce que l'appellant estime de son devoir d'enseigner. Il désire, il est vrai, enseigner autre chose, plus précisément, une voie spirituelle, mais ce n'est pas interdit par la loi.

On ne conteste pas que les appelants jouissent d'un droit constitutionnel fondamental d'envoyer leurs enfants à l'école confessionnelle de leur choix. Notre Cour a récemment réitéré que les parents ont le droit d'éduquer leurs enfants dans la

169

170

171

religion of their choice. In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, La Forest J., writing for the majority, made the following statement, at p. 382:

It seems to me that the right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is an equally fundamental aspect of freedom of religion.

The appellants cannot, however, complain that the Ontario *Education Act* prevents them from exercising this aspect of their freedom of religion since it allows for the provision of education within a religious school or at home. The statute does not compel the appellants to act in any way that infringes their freedom of religion. Nothing in the *Education Act* relating to mandatory education *per se* involves a breach of the appellants' rights under s. 2(a) of the *Charter*.

religion de leur choix. Dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest affirme, au nom de la majorité, à la p. 382:

Il me semble que le droit des parents d'éduquer leurs enfants suivant leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect tout aussi fondamental de la liberté de religion.

Cependant, les appelants ne peuvent pas se plaindre que la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario les empêche d'exercer cet aspect de leur liberté de religion puisqu'elle permet la prestation de l'enseignement dans une école confessionnelle ou à la maison. Cette loi ne force pas les appelants à agir d'une façon qui contrevient à leur liberté de religion. La *Loi sur l'éducation* ne renferme rien sur l'instruction obligatoire qui comporte, en soi, une violation des droits garantis aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte*.

Je souligne que les appelants ne font pas valoir que, en l'absence de la disposition sur l'instruction obligatoire dans la *Loi sur l'éducation*, ils choisiraient de ne pas envoyer leurs enfants à l'école. Au contraire, les appelants du groupe Elgersma ont précisé qu'ils avaient une obligation parentale d'offrir à leurs enfants une éducation qui soit compatible avec leurs croyances religieuses et qui les appuie. Ainsi, avec ou sans l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation*, les appelants agiraient de la même façon, ce qui a pour effet d'éliminer tout aspect potentiellement coercitif de la Loi.

Subsidiairement, les appelants soutiennent que le non-financement des écoles confessionnelles privées par la province grève leur liberté de religion d'une charge inconstitutionnelle. C'est donc l'effet de la *Loi sur l'éducation* qui est à l'origine de la violation. On invoque abondamment l'arrêt *Edwards Books*, précité, dans lequel le juge en chef Dickson précise, aux pp. 758 et 759, que l'al. 2a) vise à la fois la coercition indirecte et directe à l'égard des croyances religieuses:

À mon avis, la coercition indirecte par l'État fait partie des maux contre lesquels l'al. 2a) peut accorder une protection. [. . .] Je crois qu'il est sans importance que la coercition soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible. Toute entrave coer-

172 I note that the appellants are not claiming that without the compulsory education provision of the *Education Act* they would choose not to send their children to school. On the contrary, the Elgersma appellants specifically state that they have a parental duty to provide their children with an education consistent with and supportive of their religious beliefs. Thus with or without s. 21 of the *Education Act*, the appellants would act in the same manner, thereby eliminating any potentially coercive aspect of the legislation.

173 In the alternative, the appellants argue that the province's failure to fund private religious schools imposes an unconstitutional burden on their freedom of religion. It is thus the effect of the *Education Act* that is the source of the infringement. Much reliance is placed on *Edwards Books*, *supra*, in which Dickson C.J. specified, at pp. 758-59, that s. 2(a) captures both indirect and direct coercion of religious beliefs.

In my opinion indirect coercion by the state is comprehended within the evils from which s. 2(a) may afford protection. . . . It matters not, I believe, whether a coercive burden is direct or indirect, intentional or unintentional, foreseeable or unforeseeable. All coercive bur-

dens on the exercise of religious beliefs are potentially within the ambit of s. 2(a).

In *Edwards Books* the purpose of Ontario's *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, under challenge was to provide a common day of rest for retail workers, and therefore the purpose was not to coerce religious observance. However, this Court found that the effect of the Act imposed an economic burden on retailers whose sabbath was a day other than Sunday, relative to those retailers who observed a Sunday sabbath. In effect, the Act gave an advantage to Sunday sabbath observers by choosing their sabbath as a common day of rest, and burdened observers of a sabbath other than Sunday by forcing them to choose between closing their business an extra day or keeping their business open on their sabbath. Dickson C.J. explained this concept of relative burden at p. 765 as follows:

A careful comparison of the effects of Sunday closing legislation on different religious groups clearly demonstrates the manner in which the burden flows from the legislation. In the absence of legislative intervention, the Saturday observer and the Sunday observer would be on a roughly equal footing in competing for shares of the available consumer buying power. Both might operate for a maximum of six days each week. Both would be disadvantaged relative to non-observing retailers who would have the option of a seven day week. On this account, however, they would have no complaint cognizable in law since the disability would be one flowing exclusively from their religious tenets: I agree with Professor Petter [in "Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*" (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96] that the state is normally under no duty under s. 2(a) to take affirmative action to eliminate the natural costs of religious practices. But, exemptions aside, the *Retail Business Holidays Act* has the effect of leaving the Saturday observer at the same natural disadvantage relative to the non-observer and adding the new, purely statutory disadvantage of being closed an extra day relative to the Sunday observer. Just as the Act makes it less costly for Sunday observers to practise their religious beliefs, it thereby makes it more expensive for some Jewish and

citive à l'exercice de croyances religieuses relève potentiellement de l'al. 2a).

Dans l'arrêt *Edwards Books*, la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 453, qui était contestée, visait à offrir un jour commun de repos à tous les salariés du commerce de détail, et n'avait donc pas pour objet de contraindre à l'observance religieuse. Cependant, notre Cour a statué que la Loi avait pour effet d'imposer un fardeau économique aux détaillants dont le jour de sabbat était un autre jour que le dimanche, par rapport aux autres détaillants qui observaient le sabbat le dimanche. En fait, la Loi conférait un avantage aux personnes qui observaient le dimanche du fait qu'elle choisissait leur sabbat comme jour commun de repos, et imposait un fardeau aux personnes, dont le sabbat était un autre jour que le dimanche, en les forçant à choisir de fermer leur commerce un jour de plus ou de le garder ouvert le jour de leur sabbat. Voici comment le juge en chef Dickson explique ce concept du fardeau relatif, à la p. 765:

Une comparaison attentive des effets des lois de fermeture le dimanche sur différents groupes religieux démontre clairement comment ce fardeau découle de ces lois. En l'absence d'intervention législative, la personne qui observe le samedi et celle qui observe le dimanche seraient à peu près sur un pied d'égalité lorsqu'il s'agirait pour elles de se disputer une partie du pouvoir d'achat des consommateurs. Toutes deux pourraient ouvrir leurs commerces pendant tout au plus six jours par semaine. Toutes deux seraient désavantagées par rapport aux détaillants non pratiquants qui auraient la possibilité d'ouvrir leurs portes sept jours sur sept. À cet égard cependant, elles n'auraient pas de recours en droit puisque leur désavantage découlerait exclusivement de leurs principes religieux: je suis d'accord avec le professeur Petter [dans «Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*» (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96] pour dire que l'État n'a normalement aucune obligation en vertu de l'al. 2a) de prendre des mesures positives pour éliminer les coûts normaux des pratiques religieuses. Mais, toute exemption mise à part, la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* a pour effet de placer celui qui observe le samedi dans la même situation de désavantage normal par rapport au non-pratiquant, et d'ajouter le nouveau désavantage, purement légal, d'avoir à fermer un jour de plus par rapport à celui qui observe le dimanche. Tout comme elle rend moins coûteuse la pratique des croyances religieuses pour ceux qui

Seventh-day Adventist retailers to practise theirs. [Emphasis added.]

As I understand this passage, it is on the basis that the legislation had the effect of imposing different burdens on different religions *vis-à-vis* non-observers that a s. 2(a) infringement was found. See also *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525.

174

In the case of funding under the *Education Act*, private religious schools receive no state funding whereas public non-religious schools receive funding. By analogy to the situation in *Edwards Books*, then, all parents whose religion requires them to send their children to a private religious school charging tuition would be equally disadvantaged relative to parents who have the option of sending their children to state-funded public schools. All of the diverse religious groups represented by the appellants, and the many interveners on this appeal, suffer the same economic cost associated with sending their children to private religious schools. While a distinction is made between these religious groups and the separate Roman Catholic schools, this distinction is constitutionally mandated and cannot be the subject of a *Charter* attack. The legislation is not the source of any distinction amongst all the groups whose exercise of their religious freedom involves an economic cost. This situation is distinguishable from *Edwards Books*, where one religious group was suffering an additional burden not imposed on other religious groups *vis-à-vis* non-observers. On this account, the appellants have no complaint cognizable in law since the disadvantage they must bear is one flowing exclusively from their religious tenets.

175

In addition, failure to act in order to facilitate the practice of religion cannot be considered state interference with freedom of religion. The fact that no funding is provided for private religious educa-

observent le dimanche, la Loi a en même temps pour effet de rendre cette pratique plus onéreuse pour certains détaillants juifs et adventistes du septième jour. [Je souligne.]

Si je comprends bien ce passage, c'est parce que la loi avait pour effet d'imposer des fardeaux différents aux divers pratiquants par rapport aux non-pratiquants que l'on a conclu à l'existence d'une violation de l'al. 2a). Voir aussi *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

Dans le cas du financement en vertu de la *Loi sur l'éducation*, les écoles confessionnelles privées ne reçoivent pas de fonds publics alors que les écoles publiques non confessionnelles en reçoivent. Par analogie avec la situation dans l'affaire *Edwards Books*, tous les parents dont la religion les oblige à envoyer leurs enfants dans une école confessionnelle privée qui impose des frais de scolarité seraient alors également défavorisés par rapport aux parents qui ont le choix d'envoyer leurs enfants dans des écoles publiques financées par l'État. Tous les divers groupes religieux représentés par les appelants et les nombreux intervenants en l'espèce assumeront le même coût économique lié au fait d'envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles privées. Bien que l'on établisse une distinction prescrite entre ces groupes religieux et les écoles catholiques romaines séparées, cette distinction est prescrite par la Constitution et ne peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. La loi en cause n'est la source d'aucune distinction entre les groupes dont l'exercice de la liberté religieuse comporte un coût économique. Cette situation peut se distinguer d'avec celle qui existait dans l'affaire *Edwards Books*, où un groupe religieux subissait un fardeau additionnel non imposé à d'autres groupes religieux par rapport aux non-pratiquants. À ce propos, les appelants n'ont aucune plainte réglable par les voies de justice puisque le désavantage qu'ils doivent subir découle exclusivement de leurs principes religieux.

En outre, l'omission d'agir pour faciliter la pratique de la religion ne saurait être considérée comme une ingérence de l'État dans la liberté de religion. Le non-financement de l'enseignement

tion cannot be considered to infringe the appellants' freedom to educate their children in accordance with their religious beliefs where there is no restriction on religious schooling. As submitted by the intervener, the Canadian Civil Liberties Association, there are many spheres of government action which hold religious significance for religious believers. It does not follow that the government must pay for the religious dimensions of spheres in which it takes a role. If this flowed from s. 2(a), then religious marriages, religious corporations, and other religious community institutions such as churches and hospitals would all have a *Charter* claim to public funding. The same could also be said of the existing judicial system which is necessarily secular. The appellants' argument would lead to an obligation by the state to fund parallel religious justice systems founded on canon law or Talmudic law, for example. These are clearly untenable suggestions.

In conclusion, for the reasons given above, I am of the view that the failure to fund cannot constitute state interference with freedom of religion equivalent to a violation of s. 2(a) of the *Charter*. Moreover, the cost of sending their children to private religious schools is a natural cost of the appellants' religion and does not, therefore, constitute an infringement of their freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter*.

8. Section 15: Equality Rights

The appellants' basic claim under this heading is that the funding of public schools denies them an equal benefit under the law on the basis of their religion, which constitutes a breach of s. 15 of the *Charter*. The methodology for considering a s. 15 claim was originally set out by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. The two-step approach formulated therein was most recently re-stated by McLachlin J. in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and by

religieux privé ne saurait être considéré comme une atteinte à la liberté des appelants d'éduquer leurs enfants en conformité avec leurs croyances religieuses lorsqu'il n'existe pas de restriction à l'enseignement religieux. Comme l'a soutenu l'intervenant, l'Association canadienne des libertés civiles, de nombreuses sphères d'action gouvernementale revêtent une importance religieuse pour les croyants. Il ne s'ensuit pas que le gouvernement doit payer pour les aspects religieux des sphères dans lesquels il joue un rôle. Si c'était là une conséquence de l'al. 2a), alors les couples mariés religieusement, les corporations religieuses et les autres établissements communautaires religieux, comme les églises et les hôpitaux, pourraient tous réclamer des fonds publics en vertu de la *Charte*. On pourrait en dire autant du système judiciaire actuel qui est nécessairement laïque. L'argument des appelants mènerait à une obligation de l'État de financer des systèmes de justice religieuse parallèles fondés sur le droit canon ou le talmud, par exemple. Ces arguments ne sont évidemment pas soutenables.

En conclusion, pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis que l'omission de financer ne saurait constituer une ingérence de l'État dans la liberté de religion équivalant à une violation de l'al. 2a) de la *Charte*. De plus, ce qu'il en coûte aux appelants pour envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles privées est un coût qui découle naturellement de leur religion et qui ne saurait donc constituer une atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*.

8. L'article 15: Les droits à l'égalité

Sous cette rubrique, les appelants font essentiellement valoir que le financement des écoles publiques les prive du même bénéfice de la loi en raison de leur religion, ce qui constitue une violation de l'art. 15 de la *Charte*. La méthode d'analyse d'une revendication fondée sur l'art. 15 a été exposée initialement par notre Cour dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Cette analyse en deux étapes a récemment été reprise par le juge McLachlin dans

176

177

Cory and Iacobucci JJ. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at p. 584 (paras. 130-31):

The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

178 The application of this methodology to the facts of this appeal returns us to the issues canvassed in the course of the analysis of the s. 2(a) issue. This reinforces the fact that the claim under s. 2(a) and under s. 15 are narrowly inter-related in this case because of the comparative aspect of the questions involved. As a result, it should not be surprising that the conclusion arrived at under the s. 2(a) analysis will be reflected in the answer given to the s. 15 argument.

9. Denial of Equal Benefit of the Law: Does the Act Create a Distinction?

179 In this case, the appellants claim that they are denied a benefit under the law because the schools to which they send their children do not receive funding otherwise available to public schools. The respondent replies that the only reason why the appellants' schools do not receive funding is because they are private schools. Obviously this distinction is not one based on personal characteristics of an individual or group. Thus while the *Education Act* does create a distinction between

l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et par les juges Cory et Iacobucci dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la p. 584 (par. 130 et 131):

La première consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toute discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

L'application de cette méthode aux faits du présent pourvoi nous ramène aux questions examinées lors de l'analyse de la question de l'al. 2a). Elle renforce le fait que la revendication fondée sur l'al. 2a) et celle fondée sur l'art. 15 sont étroitement reliées en l'espèce en raison du caractère comparable des questions en cause. Il ne faudrait donc pas s'étonner que la conclusion à laquelle a abouti l'analyse de l'al. 2a) se reflète dans la réponse à l'argument fondé sur l'art. 15.

9. Négation du même bénéfice de la loi: La Loi crée-t-elle une distinction?

En l'espèce, les appelants soutiennent qu'ils sont privés d'un bénéfice en vertu de la loi parce que les écoles où ils envoient leurs enfants ne reçoivent pas de fonds qui sont, par ailleurs, accordés aux écoles publiques. L'intimé répond que le seul motif de ce non-financement est que les écoles en cause sont des écoles privées. De toute évidence, cette distinction n'est pas fondée sur des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe. Ainsi, bien que la *Loi sur l'éducation* éta-

public and private schools with respect to funding, it is not, on its face, a distinction that meets the threshold stage of the s. 15 inquiry.

It remains to be determined whether the *Education Act* gives rise indirectly to a distinction based on personal characteristics. Adverse effect discrimination has long been recognized by this Court as a type of discrimination that is prohibited under the *Charter*. See *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536. This concept was recently reformulated as follows in *Egan, supra*, at para. 138: "Adverse effect discrimination occurs when a law . . . is facially neutral but has a disproportionate impact on a group because of a particular characteristic of that group."

Here the Act does not appear to distinguish between the appellants and other groups on the basis of a particular characteristic common to the appellants. However, it is clear that their claim is dependent on such a finding. In my view, such an argument cannot be sustained. While it is true that the appellants feel compelled to send their children to private school because of a personal characteristic, namely their religion, and therefore are unable to benefit from publicly-funded schooling, I fail to see how this is an effect arising from the statute. The reason why the public school system is not acceptable to the appellants lies in its secular nature. This secular nature is itself mandated by s. 2(a) of the *Charter* as held by several courts in this country.

In *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)*, *supra*, the Ontario Court of Appeal wrestled with the issue of religious exercises in public schools. A regulation under the *Education Act* made opening religious exercises compulsory in public schools, though allowing for exemptions of students whose parents objected. After an exhaustive review of the role of religion in Ontario schools and of the case law on freedom of religion, a majority of the Court concluded, at pp. 654 and

blisse effectivement une distinction entre les écoles publiques et les écoles privées quant au financement, il ne s'agit pas, à première vue, d'une distinction qui satisfait à l'étape préliminaire de l'examen fondé sur l'art. 15.

Il reste à déterminer si la *Loi sur l'éducation* engendre indirectement une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Notre Cour reconnaît depuis longtemps la discrimination par suite d'un effet préjudiciable comme un type de discrimination prohibé par la *Charte*. Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. Ce concept a récemment été reformulé ainsi dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 138: «La discrimination par suite d'un effet préjudiciable existe lorsque la loi [. . .], apparemment neutre, produit toutefois un résultat disproportionné à l'endroit d'un groupe en raison d'une caractéristique qui lui est propre.»

En l'espèce, la Loi ne paraît pas établir, entre les appelants et d'autres groupes, une distinction fondée sur une caractéristique particulière commune aux appelants. Cependant, il est clair que leur revendication repose sur une telle conclusion. À mon avis, un tel argument ne saurait être retenu. Même s'il est vrai que les appelants se sentent obligés d'envoyer leurs enfants à l'école privée en raison d'une caractéristique personnelle, savoir leur religion, et qu'ils sont, de ce fait, incapables de bénéficier de l'enseignement financé par l'État, je ne vois pas en quoi cela est un effet découlant de la Loi. C'est en raison de son caractère laïque que le régime d'écoles publiques est inacceptable pour les appelants. Ce caractère laïque est lui-même prescrit par l'al. 2a) de la *Charte*, comme l'ont statué plusieurs tribunaux au Canada.

Dans l'arrêt *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario avait à trancher la question de la pratique religieuse dans les écoles publiques. Un règlement pris en vertu de la *Loi sur l'éducation* rendait obligatoire la prière du matin dans les écoles publiques, mais prévoyait des exemptions pour les élèves dont les parents étaient opposés à cela. Après avoir effectué un examen approfondi du rôle de la religion dans les écoles ontariennes et de la

180

181

182

656, that school prayer infringed upon freedom of religion and was not mitigated by a right to an exemption:

On its face, [the regulation] infringes the freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2(a) of the Charter The recitation of the Lord's Prayer, which is a Christian prayer, and the reading of Scriptures from the Christian Bible impose Christian observances upon non-Christian pupils and religious observances on non-believers.

[T]he right to be excused from class, or to be exempted from participating, does not overcome the infringement of the Charter freedom of conscience and religion by the mandated religious exercises. On the contrary, the exemption provision imposes a penalty on pupils from religious minorities who utilize it by stigmatizing them as non-conformists and setting them apart from their fellow students who are members of the dominant religion.

A similar conclusion was reached in British Columbia in the case of *Russow v. British Columbia (Attorney General)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (S.C.). In both cases, the challenges had been brought by parents who opposed the practice of Christian exercises in public schools.

183

A subsequent challenge to religious education in Ontario public schools was also successful. In the *Elgin County* case, *supra*, the Ontario Court of Appeal once again declared that a regulation under the *Education Act* making periods of religious education a compulsory part of the public school curriculum was inconsistent with freedom of religion under s. 2(a). Moreover, it held that the actual curriculum of religious studies prescribed by the Elgin County Board of Education, and permitted under the *Education Act*, denied freedom of religion because it amounted to indoctrination in the Christian faith. In so doing, the majority of the Court held, at pp. 360-61, that:

The purpose of the regulation, as recognized by both the Hope Commission and the Mackay Committee, was Christian indoctrination.

jurisprudence sur la liberté de religion, la cour à la majorité conclut, aux pp. 654 et 656, que la prière à l'école contrevenait à la liberté de religion, nonobstant l'existence d'un droit à une exemption:

[TRADUCTION] À première vue, [le règlement] contrevient à la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la Charte. [. . .] La récitation du Notre Père, prière chrétienne, et la lecture des Saintes Écritures dans la bible chrétienne imposent des pratiques chrétiennes aux élèves non chrétiens ainsi que des rites religieux à des non-croyants.

[L]e droit de ne pas se trouver dans la salle de classe ou d'être exempté de participer n'écarte pas le fait que les pratiques religieuses imposées constituent une violation de la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte. Au contraire, la disposition qui prévoit une exemption pénalise les élèves des minorités religieuses qui s'en prévalent en les stigmatisant comme non-conformistes et en les situant à part de leurs congénères dont la religion est dominante.

Une conclusion semblable a été tirée en Colombie-Britannique dans l'affaire *Russow c. British Columbia (Attorney General)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (C.S.). Dans ces deux cas, les contestations émanaient de parents qui s'opposaient à l'exercice de rites chrétiens dans les écoles publiques.

Une contestation subséquente de l'enseignement religieux dans les écoles publiques de l'Ontario a également été couronnée de succès. Dans l'arrêt *Elgin County*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a, de nouveau, affirmé qu'un règlement pris en vertu de la *Loi sur l'éducation*, qui prescrivait l'inclusion de périodes d'enseignement religieux dans le programme d'études des écoles publiques, était incompatible avec la liberté de religion garantie à l'al. 2a). De plus, la cour a statué qu'en réalité le programme d'enseignement religieux imposé par le conseil scolaire du comté d'Elgin, et autorisé en vertu de la *Loi sur l'éducation*, niait la liberté de religion parce qu'il revenait à inculquer la foi chrétienne. Ce faisant, la cour à la majorité statue, aux pp. 360 et 361, que:

[TRADUCTION] L'objet du règlement, comme le reconnaissent la commission Hope et le comité MacKay, est d'inculquer la foi chrétienne.

And, at p. 363, the majority concluded that state-authorized religious indoctrination violates s. 2(a) because it “amounts to the imposition of majoritarian religious beliefs on minorities”. Because the Court arrived at these conclusions on the s. 2(a) claim, it did not express an opinion on the s. 15(1) arguments presented by the appellants in that case.

More recently, in *Bal v. Ontario (Attorney General)* (1994), 21 O.R. (3d) 681 (Gen. Div.), these same issues were considered from a different perspective. As a result of the decisions in the *Zylberberg* and *Elgin County* cases, the Ontario Ministry of Education issued Policy Memorandum 112 entitled “Education about Religion in the Public Elementary and Secondary Schools”. According to the memorandum, religious education in public schools is to be non-indoctrinational and not give primacy to any religious faith. Regulations were later amended to reflect this new policy.

Prior to the change in regulations, certain school boards allowed the operation of religious public schools alongside secular public schools. The parents in the *Bal* appeal either sent their children to existing religious schools or wished to set new ones up. They argued that the new regulations, which essentially prohibited these schools within the public system, infringed their rights under ss. 2 and 15 of the *Charter*. Considering himself bound by the Ontario Court of Appeal’s decisions in the *Zylberberg* and the *Elgin County* cases, *supra*, and *Adler v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 1, Winkler J. rejected the appellants’ claims. In his view, the *Elgin County* decision “signif[ies] the end of an era of majoritarian Christian influence, and mark[s] the beginning of a period of secularism in education, based on an awareness of a changing societal fabric and *Charter* protection for minority rights to freedom of religion”. See *Bal, supra*, at p. 684.

Puis, à la p. 363, la cour à la majorité conclut que l’endoctrinement religieux autorisé par l’État viole l’al. 2a) parce qu’il [TRADUCTION] «revient à imposer à des minorités les croyances religieuses de la majorité». Vu qu’elle a tiré ces conclusions relativement à la revendication fondée sur l’al. 2a), la cour ne s’est pas prononcée sur les arguments fondés sur l’art. 15, que les appelants avaient avancés dans cette affaire.

Plus récemment, dans *Bal c. Ontario (Attorney General)* (1994), 21 O.R. (3d) 681 (Div. gén.), ces mêmes questions ont été examinées sous un angle différent. À la suite des arrêts *Zylberberg* et *Elgin County*, le ministère de l’Éducation de l’Ontario a publié la note d’orientation 112 intitulée «Education about Religion in the Public Elementary and Secondary Schools». Selon cette note, l’enseignement religieux dans les écoles publiques ne doit pas viser l’endoctrinement et ne doit pas accorder la primauté à une foi particulière. Les règlements ont, par la suite, été modifiés de manière à refléter cette nouvelle politique.

Avant la modification des règlements, certains conseils scolaires autorisaient l’existence d’écoles confessionnelles publiques parallèlement aux écoles laïques publiques. Dans l’affaire *Bal*, il s’agissait de parents qui envoyaient leurs enfants à des écoles confessionnelles existantes ou qui désiraient en établir de nouvelles. Ils soutenaient que les nouveaux règlements, qui, essentiellement, interdisaient l’existence de ces écoles à l’intérieur du système public, portaient atteinte aux droits qui leur étaient garantis en vertu des art. 2 et 15 de la *Charte*. S’estimant lié par les arrêts *Zylberberg* et *Elgin County*, précités, de même que par l’arrêt *Adler c. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 1, le juge Winkler a rejeté les revendications des appelants. À son avis, l’arrêt *Elgin County* [TRADUCTION] «signifi[e] la fin d’une ère d’influence de la majorité chrétienne et marqu[e] le début d’une période de laïcité en matière d’éducation, qui repose sur une conscience de l’évolution du tissu social et de la protection que la *Charte* offre au droit des minorités à la liberté de religion». Voir *Bal*, précité, à la p. 684.

186 It follows that if the distinctions relied on by the appellants do not arise as a result of the legislation, no governmental action is involved to which s. 15 can attach. In this regard, I adopt the following statement from the reasons of Dubin C.J. in *Adler*, at p. 18:

In this case, in my opinion, there was no government action that compelled the appellants to send their children to private, religious-based independent schools. They were free to send their children to secular public schools maintained at public expense. Their decision not to do so was solely a response to their religious beliefs and not a result of any government action.

187 I therefore conclude that the appellants have not succeeded in demonstrating that the *Education Act* draws a distinction, either directly or indirectly, between the appellants and others, based on personal characteristics. The fact the appellants belong to a group that is unable to take advantage of the public school system does not result from the *Education Act* itself. It results from the combination of the appellants' religious beliefs and the imperatives of the *Charter* as they apply to the exercise of the province's plenary power over education. As a result, the threshold stage of a s. 15 inquiry is not met and there is no distinction to consider in the second stage, namely as to whether discrimination results from such a distinction.

188 Even if the appellants had succeeded in showing that the legislation created a distinction, I do not believe they would have succeeded in demonstrating that this distinction amounts to discrimination on the basis of religion. As observed by the Court of Appeal, the only ground of distinction in this case is between "public" institutions, which are funded by the government, and "private/independent" institutions, which do not receive funding from the government. No private schools receive funding whether they are religious or secular. No religion is given preferential treatment within the system. The distinction between "private" and "public" institutions is neither an

Il s'ensuit que si les distinctions invoquées par les appelants ne résultent pas de la loi en cause, il n'existe aucune mesure gouvernementale à laquelle peut s'appliquer l'art. 15. À cet égard, j'adopte l'extrait suivant des motifs du juge Dubin, juge en chef de l'Ontario, dans l'arrêt *Adler*, à la p. 18:

[TRADUCTION] En l'espèce, j'estime qu'aucune mesure gouvernementale n'obligeait les appelants à envoyer leurs enfants à l'école confessionnelle indépendante privée. Il leur était loisible de les envoyer à l'école laïque publique, financée par l'État. S'ils ne l'ont pas fait, c'est seulement en raison de leurs croyances religieuses et non à cause d'une mesure gouvernementale.

Je conclus donc que les appelants n'ont pas réussi à démontrer que la *Loi sur l'éducation* établit directement ou indirectement, entre les appelants et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Le fait que les appelants appartiennent à un groupe qui n'est pas en mesure de tirer avantage du régime d'écoles publiques ne résulte pas de la *Loi sur l'éducation* elle-même. Il résulte de la combinaison des croyances religieuses des appelants et des impératifs de la *Charte* qui s'appliquent à l'exercice du pouvoir absolu de la province en matière d'éducation. En conséquence, l'étape préliminaire d'un examen fondé sur l'art. 15 n'est pas respectée et il n'y a pas de distinction à examiner à la deuxième étape, à savoir si une discrimination résulte d'une telle distinction.

Même si les appelants avaient réussi à démontrer que la loi en cause créait une distinction, je ne crois pas qu'ils auraient réussi à démontrer que cette distinction constitue de la discrimination fondée sur la religion. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, la seule distinction qui est établie, en l'espèce, est entre les établissements «publics» financés par le gouvernement, et les établissements «privés-indépendants» qui ne le sont pas. Aucune école privée ne bénéficie d'un financement qu'elle soit confessionnelle ou laïque. Aucune religion ne jouit d'un traitement préférentiel à l'intérieur du système. La distinction entre les établissements «publics» et «privés» ne constitue ni un motif

enumerated nor an analogous ground in s. 15 of the *Charter*.

Accordingly, I would reject the appellants' claim based on s. 15 of the *Charter*. Because I have found no violation of either ss. 2(a) or 15 of the *Charter*, it is unnecessary for me to embark upon a s. 1 analysis.

10. School Health Support Services

With regard to the question of School Health Support Services, I am in agreement with Iacobucci J. that these services are properly characterized as "education services" as opposed to strict "health services". However, given my disagreement with him on the constitutional status of the public education system in Ontario, I am unable to subscribe to his reasons for dismissing the appellants' claim on this point.

Nevertheless, it is my view that this claim must also fail. Indeed, if the appellants have no basis for claiming a right to public funding for the education provided in private schools, they have no claim for additional "educational services" available only within the public school system. There is no reason to distinguish funding for this aspect from other aspects of funding for educational purposes. In addition, I must respectfully disagree with the conclusion of Weiler J.A. that funding for these services was funding for a non-denominational purpose and that the guarantees in s. 93(1) and (3) of the *Constitution Act, 1867*, did not apply to insulate the funding of separate schools from review under s. 15 of the *Charter*. The holding in the *Reference Re Bill 30* decision applies to all aspects of funding of separate schools for educational purposes. The right guaranteed by s. 93(1) in this regard was the right to funding proportionate to that extended to public schools. I, therefore, agree with the majority of the Court of Appeal on this issue.

énuméré ni un motif analogue aux fins de l'art. 15 de la *Charte*.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter la revendication des appelants fondée sur l'art. 15 de la *Charte*. Puisque j'ai conclu qu'il n'y a eu violation ni de l'al. 2a) ni de l'art. 15 de la *Charte*, je n'ai pas à procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

10. Services de santé pour enfants d'âge scolaire

En ce qui concerne la question des services de santé pour enfants d'âge scolaire, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour affirmer que ces services constituent davantage des «services d'enseignement» que des «services de santé» au sens strict. Cependant, vu que je ne suis pas d'accord avec lui sur le statut constitutionnel du régime d'enseignement public en Ontario, je ne puis souscrire aux motifs qu'il expose pour rejeter la revendication des appelants sur ce point.

Néanmoins, je suis d'avis que la présente revendication doit elle aussi échouer. En fait, si les appelants ne sont pas justifiés de revendiquer un droit au financement public de l'enseignement offert dans des écoles privées, ils ne peuvent réclamer d'autres «services d'enseignement» qui ne sont offerts qu'à l'intérieur du régime d'écoles publiques. Il n'y a aucune raison de distinguer le financement de cet aspect d'avec les autres formes de financement à des fins éducatives. En outre, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge Weiler que le financement de ces services était un financement à des fins non confessionnelles et que les garanties contenues aux par. 93(1) et (3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'appliquaient pas pour mettre le financement des écoles séparées à l'abri d'un examen fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. La conclusion du *Renvoi relatif au projet de loi 30* s'applique à tous les aspects du financement des écoles séparées à des fins éducatives. Le droit garanti, à cet égard, par le par. 93(1) est celui de recevoir des fonds proportionnels à ceux accordés aux écoles publiques. Je suis donc d'accord avec la Cour d'appel à la majorité sur cette question.

189

190

191

11. Conclusion

192 I would dismiss the appeal and answer the stated constitutional questions in the same manner as Iacobucci J., but for the reasons stated above.

The following are the reasons of

193 MCLACHLIN J. (dissenting in part) — The Ontario government provides funding for secular and Roman Catholic schools in the province. Many people, often for religious reasons, choose not to educate their children in either the secular or the Roman Catholic system. They see no alternative but to establish and send their children to private schools. The province contributes nothing to the funding of these schools. The issue on this appeal is whether this violates the guarantees of freedom of religion and equality of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with Justice Iacobucci and Justice Sopinka that the lack of support to private schools violates neither guarantee, although for different reasons. On the subsidiary issue of whether the province's refusal to fund health services to children in private religious schools violates their constitutional right to equal treatment, I would respectfully dissent and allow the appeal.

A. Denial of Funding to Independent Religious Schools

1. *Is Section 93 of the Constitution Act, 1867 an Answer to the Appellants' Charter Claim?*

194 Before considering the *Charter* issues, it is necessary to determine whether s. 93 of the *Constitution Act, 1867* constitutes a code which ousts the operation of the *Charter*. I agree with Sopinka J. that it does not. Section 93 requires Ontario to fund schools for the Roman Catholic minority in Ontario and requires Quebec to fund schools for the Protestant minority in Quebec. Neither its language nor its purpose suggests that it was intended

11. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la même façon que le juge Iacobucci.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie) — Le gouvernement de l'Ontario finance les écoles laïques et catholiques romaines de la province. De nombreuses personnes, souvent pour des motifs religieux, choisissent de ne pas faire instruire leurs enfants à l'intérieur du régime laïque ou catholique romain. Elles estiment n'avoir d'autre choix que d'établir des écoles privées et d'y envoyer leurs enfants. La province ne contribue pas au financement de ces écoles. La question soulevée en l'espèce est de savoir si cela viole la liberté de religion et les droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quoique ce soit pour des motifs différents, je suis d'accord avec les juges Iacobucci et Sopinka pour dire que l'omission de soutenir les écoles privées ne viole ni l'une ni l'autre de ces garanties. En ce qui concerne la question subsidiaire de savoir si le refus par la province de financer les services de santé pour enfants dans les écoles confessionnelles privées viole leur droit constitutionnel à un traitement égal, je tiens, en toute déférence, à exprimer ma dissidence et j'accueillerais le pourvoi.

A. Le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes

1. *L'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 constitue-t-il une réponse à la revendication des appelants fondée sur la Charte?*

Avant d'examiner les questions relatives à la *Charte*, il est nécessaire de déterminer si l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit un code qui écarte l'application de la *Charte*. Je suis d'accord avec le juge Sopinka pour dire que ce n'est pas le cas. L'article 93 exige de la province d'Ontario qu'elle finance les écoles de la minorité catholique romaine en Ontario, et de la province de Québec, qu'elle finance celles de la minorité pro-

to do more than guarantee school support for the Roman Catholic or Protestant minorities in the two provinces respectively. Provinces exercising their plenary powers to provide education services must, subject to this restriction, comply with the *Charter*.

2. *Does the Failure to Fund Minority Religious Schools Constitute a Limit on the Guarantee of Freedom of Religion?*

The appellants advance two submissions under this head. The first is that the requirement of compulsory education infringes their freedom of religion. The second is that the failure to fund the minority religious schools imposes a burden on them not borne by persons of other religions or no religion, thereby infringing their freedom of religion.

The first submission is easily resolved. If the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, required all children to go to either secular or Roman Catholic schools, it would impinge on the religious freedom of those whose beliefs require non-Roman Catholic religious education. The *Education Act* does not do this. Section 21 excuses children from school attendance if they are receiving satisfactory instruction elsewhere. Parents whose beliefs do not permit them to educate their children in the secular or Roman Catholic school systems are free to educate their children in other schools or at home. The requirement of mandatory education therefore does not conflict with the constitutional right of parents to educate their children as their religion dictates. To quote Dubin C.J. (1994), 19 O.R. (3d) 1, at p. 14, "there is no conflict between s. 21 of the Act and the appellants' religious freedom".

The second submission poses greater difficulty. The argument rests on the proposition that the

testante au Québec. Ni les termes ni l'objet de cet article ne laissent entendre qu'il visait à faire plus que garantir un appui aux écoles autres que celles des minorités catholiques romaines ou protestantes dans chacune des deux provinces respectivement. Les provinces qui exercent leur pouvoir absolu de fournir des services d'enseignement doivent, sous réserve de cette restriction, se conformer à la *Charte*.

2. *L'omission de financer les écoles confessionnelles des minorités constitue-t-elle une limite à la garantie de liberté de religion?*

Les appelants avancent deux arguments relativement à cette question. Premièrement, ils soutiennent que l'exigence d'éducation obligatoire viole leur liberté de religion. Deuxièmement, ils font valoir que l'omission de financer les écoles confessionnelles des minorités leur impose un fardeau que n'ont pas à assumer les personnes de religion différente ou les non-pratiquants, ce qui viole leur liberté de religion.

Le premier argument est facile à résoudre. Si la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, exigeait que tous les enfants fréquentent soit une école laïque soit une école catholique romaine, elle porterait atteinte à la liberté de religion des personnes dont les croyances requièrent un enseignement confessionnel non catholique romain. Ce n'est pas ce que fait la *Loi sur l'éducation*. L'article 21 dispense de fréquenter l'école les enfants qui reçoivent un enseignement satisfaisant ailleurs. Les parents dont les croyances ne leur permettent pas de faire instruire leurs enfants à l'intérieur du régime d'écoles laïques ou catholiques romaines sont libres de les envoyer à d'autres écoles ou de les instruire au foyer. En conséquence, l'exigence d'éducation obligatoire n'est pas incompatible avec le droit constitutionnel des parents de faire instruire leurs enfants conformément aux préceptes de leur religion. Pour citer le juge en chef Dubin (1994), 19 O.R. (3d) 1, à la p. 14, [TRADUCTION] «il n'y a pas d'incompatibilité entre l'art. 21 de la Loi et la liberté religieuse des appelants».

Le deuxième argument soulève une plus grande difficulté. Cet argument repose sur l'idée que l'im-

195

196

197

imposition of burdens on some religious minorities which people of other religions do not bear constitutes an infringement of freedom of religion. This Court's decisions in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, contain statements that appear to support this proposition. In *Edwards Books*, Dickson C.J., quoting from *Big M Drug Mart* (pp. 336-37) stated at p. 758:

One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. [Emphasis added by Dickson C.J. in *Edwards Books*.]

Dickson C.J. went on to note that a provision which increases the cost or burden of practising one's religion may violate that person's freedom of religion. He also expressly rejected the argument that the burden resulted not from state action, i.e., the legislation, but from the religious belief. At the same time, however, he was careful to indicate that not every burden or cost borne by a religious minority because of its beliefs will constitute an infringement of freedom of religion. For example, if the cost were trivial or insubstantial, it would not constitute an infringement.

198

The burden complained of in this case is not one which constitutes an infringement of freedom of religion, in my view. The burden at issue in *Big M Drug Mart* and *Edwards Books* was a state prohibition on business operations which presented religious minorities with the option of either violating their religious tenets by operating on religious holidays or suffering the financial loss which would flow from closing their businesses on both their own religious holidays and the majoritarian holidays. Special burdens placed on religious minorities in the operation of their businesses have a venerable

position à certaines minorités religieuses d'un fardeau non imposé à des personnes de religion différente constitue une atteinte à leur liberté de religion. Les arrêts de notre Cour *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, renferment des énoncés qui paraissent appuyer cette idée. Dans *Edwards Books*, le juge en chef Dickson, citant un extrait de l'arrêt *Big M Drug Mart* (pp. 336 et 337), affirme, à la p. 758:

L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. [Souligné par le juge en chef Dickson dans *Edwards Books*.]

Le juge en chef Dickson a ensuite fait remarquer qu'une disposition qui accroît le coût ou le fardeau assumé par une personne qui pratique une religion risque de porter atteinte à sa liberté de religion. Il a aussi explicitement rejeté l'argument selon lequel le fardeau résultait non pas d'une mesure de l'État, c'est-à-dire le texte législatif en cause, mais plutôt de la croyance religieuse. En même temps, le juge en chef Dickson a toutefois pris soin d'indiquer que ce n'est pas tout fardeau ou coût assumé par une minorité religieuse, en raison de ses croyances, qui constitue une atteinte à la liberté de religion. Par exemple, si le coût imposé était négligeable ou insignifiant, il ne constituerait pas une atteinte.

À mon avis, le fardeau dont on se plaint en l'espèce ne constitue pas une atteinte à la liberté de religion. Dans les affaires *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*, le fardeau en cause était une interdiction d'exploiter les commerces imposée par l'État, qui laissait aux minorités religieuses le choix soit de contrevenir à leurs préceptes religieux en gardant leurs commerces ouverts un jour de fête religieuse, soit de subir une perte financière découlant de la fermeture de leurs commerces à la fois pendant leurs propres jours de fête religieuse et pendant les jours de fête de la majorité. Les far-

and infamous status in the annals of religious persecution. What was at stake in *Big M Drug Mart* and *Edwards Books* was nothing less than a state prohibition that put members of minority religions at a disadvantage in gaining their livelihood. This Court, looking at the history and context of such measures, concluded that they might indeed constitute an infringement of freedom of religion.

The burden at issue in the case at bar differs from that at issue in *Big M Drug Mart* and *Edwards Books* in two ways. First, it does not involve a state prohibition on otherwise lawful conduct. People remain free to educate their children whenever and however they choose, provided they meet prescribed standards. While this may impose costs on them not borne by parents of children attending public secular schools, the cost issue is more appropriately considered under the equality provision of the *Charter*, s. 15.

The second distinction between this case and the Sunday-closing cases is that the sort of absence of benefit complained of in this case has no history of recognition as a violation of freedom of religion. Absence of state funding for private religious practices, as distinct from prohibitions on such practices, has never been seen as religious persecution. In determining the content of the guarantees contained in the *Charter*, the courts must look to the history of values enshrined. That history provides no support for extending the guarantee of freedom of religion to the provision of equal funding for religious practices, like religious education. Never, to borrow the reasoning of Dubin C.J., has it been suggested that freedom of religion entitles one to state support for one's religion.

I conclude that no infringement of the guarantee of freedom of religion has been established.

deux particuliers imposés aux minorités religieuses relativement à l'exploitation de leurs commerces sont au premier rang de l'odieux dans les annales de la persécution religieuse. Ce qui était en jeu dans *Big M Drug Mart* et *Edwards Books* n'était rien de moins qu'une interdiction de l'État qui désavantageait les membres des minorités religieuses lorsque venait le temps de gagner leur vie. Après avoir examiné l'historique et le contexte de ces mesures, notre Cour a conclu qu'elles pourraient effectivement constituer une atteinte à la liberté de religion.

Le fardeau dont il est question en l'espèce diffère, à deux points de vue, de celui qui était en cause dans *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*. Premièrement, il ne s'agit pas d'une interdiction de l'État qui vise une conduite par ailleurs légitime. Les gens demeurent libres de faire instruire leurs enfants à leur gré et comme ils l'entendent, pourvu qu'ils respectent certaines normes. Bien que cela puisse imposer à ces personnes des coûts non assumés par les parents d'enfants qui fréquentent des écoles laïques publiques, il est plus approprié d'examiner la question du coût sous l'angle de la disposition sur l'égalité contenue dans la *Charte*, à savoir l'art. 15.

La seconde distinction entre la présente affaire et celles relatives à la fermeture le dimanche réside dans le fait que le genre d'absence d'avantage dont on se plaint en l'espèce n'a jamais été reconnu comme une violation de la liberté de religion. Le non-financement par l'État des pratiques religieuses privées, par opposition à l'interdiction de ces pratiques, n'a jamais été considéré comme de la persécution religieuse. En déterminant le contenu des garanties de la *Charte*, les tribunaux doivent examiner l'historique des valeurs qui y sont consacrées. Cet historique ne justifie pas d'étendre la garantie de liberté religieuse à un financement égal de pratiques religieuses comme l'enseignement religieux. Jamais, pour emprunter le raisonnement du juge en chef Dubin, n'a-t-on laissé entendre que la liberté de religion confère à quelqu'un le droit au soutien de l'État en ce qui concerne sa religion.

Je conclus que l'on n'a établi l'existence d'aucune atteinte à la garantie de liberté de religion.

199

200

201

3. *Does the Failure to Fund Independent Religious Schools Infringe the Equality Guarantee of the Charter?*

202. Section 15 of the *Charter* provides that every person is entitled to equal benefit of the law and not to be discriminated against on grounds such as that of religion. Put in the context of this case, this means that the province of Ontario may not enact an education law which deprives some people of benefits which others receive, on the ground of their religion.

203. The case for infringement of s. 15 of the *Charter* is put on two grounds. The first alleges treatment unequal to that of the funded Roman Catholic schools. This argument is untenable in view of the special constitutional bargain protecting funding for Roman Catholic schools at the time of Confederation: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148. The second argument alleges treatment unequal to that of the funded secular schools. It is to that argument that I now turn.

204. The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of equal protection or equal benefit of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that this denial constitutes discrimination, that is, that it rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics: *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

205. The denial of equal protection or benefit of the law may appear on the face of the enactment, or may arise by reason of the effect which a facially neutral provision has on the person discriminated against. It will be rare that a law expressly discriminates on religious grounds. More often, discrimination based on religion is founded in the effect of

3. *L'omission de financer les écoles confessionnelles indépendantes porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité garantis par la Charte?*

L'article 15 de la *Charte* prévoit que toute personne a droit au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment de la discrimination fondée sur la religion. Dans le présent contexte, cela signifie que la province d'Ontario ne peut pas adopter une loi sur l'éducation qui prive, en raison de leur religion, certaines personnes des avantages dont bénéficient d'autres personnes.

L'argumentation invoquée à l'appui d'une violation de l'art. 15 de la *Charte* est double. Premièrement, on allègue l'existence d'un traitement inégal par rapport à celui dont bénéficient les écoles catholiques romaines financées. Cet argument est insoutenable vu l'entente constitutionnelle particulière qui protégeait le financement des écoles catholiques à l'époque de la Confédération: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Deuxièmement, on allègue l'existence d'un traitement inégal par rapport à celui dont bénéficient les écoles laïques financées. C'est cet argument que je vais maintenant examiner.

L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination, c'est-à-dire qu'elle repose sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe: *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

La négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi peut ressortir à la lecture du texte législatif ou peut résulter de l'effet qu'une disposition apparemment neutre a sur la personne victime de discrimination. Il est rare qu'une loi fasse preuve expressément de discrimination fondée sur des motifs religieux. Plus souvent, la dis-

a seemingly neutral provision. For example, in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, this Court found that the facially neutral requirement that everyone on a construction site wear a hard hat discriminated against Sikhs on the basis of religion because of the religious requirement that Sikhs wear turbans. This type of discrimination is referred to as adverse effect discrimination.

The appellants concede that the education scheme of Ontario, apart from the special position of the Roman Catholic schools, is facially neutral. They contend that notwithstanding this facial neutrality, the effect of the regulations is to discriminate against the users of independent religious schools as compared with the users of public secular schools. They submit that the Court of Appeal erred in holding that it is sufficient that the province make secular public schools equally available without discrimination on the basis of religious affiliation. In their view, s. 15 of the *Charter* is violated when a provision has the effect of placing an unequal and disproportionate burden on members of a group on the basis of their religious beliefs. They argue that, just as Mr. Bhinder's religion required him to wear a turban, their religion requires them to send their children to private religious schools. The effect in each case is to deny them a benefit on the ground of religion — in Mr. Bhinder's case the benefit of employment, in the appellants' case the benefit of school funding. In short, a benefit, school funding, is provided in a way that makes it unavailable to certain groups because of their religion. This establishes, in their submission, both the elements required to show an infringement of s. 15 of the *Charter* — unequal treatment and discrimination.

The respondents present two counter-arguments. First, they deny unequal treatment on the ground that the funding of public secular schools treats all

crimination fondée sur la religion découle de l'effet d'une disposition apparemment neutre. Par exemple, dans *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, notre Cour a statué que l'exigence apparemment neutre du port d'un casque de sécurité sur un chantier de construction créait, envers les Sikhs, de la discrimination fondée sur la religion étant donné que la religion des Sikhs les oblige à porter le turban. Ce genre de discrimination est qualifié de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Les appelants reconnaissent que le régime d'éducation de l'Ontario, sauf en ce qui concerne la situation particulière des écoles catholiques romaines, est apparemment neutre. Ils soutiennent que, même s'il est apparemment neutre, le règlement a pour effet de créer de la discrimination envers les usagers des écoles confessionnelles indépendantes par opposition aux usagers des écoles laïques publiques. À leur avis, la Cour d'appel a commis une erreur en statuant qu'il suffit que la province offre un accès égal à l'école laïque publique, sans discrimination fondée sur l'appartenance à une religion. Selon eux, il y a violation de l'art. 15 de la *Charte* lorsqu'une disposition a pour effet d'imposer un fardeau inégal et disproportionné aux membres d'un groupe à cause de leurs croyances religieuses. Ils font valoir que, tout comme la religion de M. Bhinder exigeait qu'il porte le turban, leur religion exige qu'ils envoient leurs enfants à l'école confessionnelle privée. Dans chaque cas, cela a pour effet de les priver d'un avantage en raison de leur religion — dans le cas de M. Bhinder, il s'agissait de l'avantage de travailler; dans celui des appelants, il s'agit de l'avantage du financement des écoles. Bref, un avantage, à savoir le financement des écoles, est accordé de telle façon que certains groupes ne peuvent pas en bénéficier à cause de leur religion. De l'avis des appelants, cela prouve l'existence des deux éléments requis pour démontrer l'existence d'une violation de l'art. 15 de la *Charte* — le traitement inégal et la discrimination.

Les intimés avancent deux arguments à l'encontre de cette thèse. Premièrement, ils nient l'existence d'un traitement inégal en faisant valoir

religions equally. All may attend the public schools regardless of their religion, and no religious instruction is permitted in them. This is sufficient to establish that the system on its face is neutral. However, it fails to counter the submission that the funding system has the effect of denying a benefit to those whose religions do not permit them to send their children to public secular schools. The distinction is between a school system which is formally open to all children and a school system which is in fact accessible to all children. The evidence establishes that the Ontario public school system is not in fact accessible to all children. There exists a minority of students whose parents, out of religious conviction, cannot send their children to public schools. To these children, public education is as inaccessible as a job on the construction site was to Mr. Bhinder.

que le financement des écoles laïques publiques traite toutes les religions sur un pied d'égalité. Tous peuvent fréquenter l'école publique indépendamment de leur religion, et aucun enseignement religieux n'est permis dans ces écoles. Cela suffit pour établir que le régime est apparemment neutre. Cependant, cela ne répond pas à l'argument voulant que le régime de financement ait pour effet de refuser un avantage aux personnes dont la religion ne leur permet pas d'envoyer leurs enfants à l'école laïque publique. Il existe une distinction entre un régime d'écoles qui est officiellement accessible à tous les enfants et un régime d'écoles qui l'est dans les faits. La preuve établit que le régime ontarien d'écoles publiques n'est pas, dans les faits, accessible à tous les enfants. Il existe une minorité d'élèves dont les parents, à cause de leurs convictions religieuses, ne peuvent envoyer leurs enfants à l'école publique. Pour ces enfants, l'enseignement public n'est pas plus accessible que ne l'était pour M. Bhinder un emploi sur le chantier de construction.

208

The respondents' second argument is that even if adverse effect discrimination is established, it is not caused by the *Education Act*, but by the appellants' religion. The cause of the inequality, they submit, is not government action, but the appellants' decision to belong to a religion which puts them in the position of having to reject the public secular schools and establish and fund their own independent schools. With all deference to those who hold otherwise, I cannot accept this defence. By definition the effect of a discriminatory measure will always be attributable to the religion, gender, disability and so on of the person who is affected by the measure. If a charge of religious discrimination could be rebutted by the allegation that the person discriminated against chose the religion and hence must accept the adverse consequences of its dictates, there would be no such thing as discrimination. This Court has consistently affirmed a substantive approach to equality. The substantive approach to equality is founded on acceptance of the differences which lie at the heart of discrimination. Be they differences of birth, like race or age, or be they differences of choice, as religion often is, the law proceeds from the pre-

Le second argument des intimés veut que, même si la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est établie, elle résulte non pas de l'application de la *Loi sur l'éducation*, mais plutôt de la religion des appelants. À leur avis, ce n'est pas une mesure gouvernementale qui cause l'inégalité, mais bien la décision des appelants d'appartenir à une religion qui les oblige à rejeter les écoles laïques publiques et à créer leurs propres écoles indépendantes. En toute déférence pour ceux qui concluent le contraire, je ne puis retenir ce moyen de défense. Par définition, l'effet d'une mesure discriminatoire sera toujours attribuable, notamment, à la religion, au sexe, à une incapacité de la personne touchée par la mesure. S'il était possible de repousser une accusation de discrimination fondée sur la religion en affirmant que la victime de discrimination a choisi la religion en question et doit, en conséquence, assumer les conséquences préjudiciables des préceptes de cette religion, il n'existerait rien de tel que la discrimination. Notre Cour a constamment préconisé une analyse de fond en matière d'égalité. Cette analyse de fond repose sur l'acceptation des différences qui sont au cœur de la discrimination. Peu importe qu'il s'agisse de différences

mise that the individual is entitled to equal treatment in spite of such differences. The state cannot “blame” the person discriminated against for having chosen the status which leads to the denial of benefit. The person is entitled to the benefit regardless of that choice. The essence of s. 15 is that the state cannot use choices like the choice of religion as the basis for denying equal protection and benefit of the law.

I conclude that while secular schooling is in theory available to all members of the public, the appellants’ religious beliefs preclude them from sending their children to public schools. Therefore, they are adversely discriminated against by the lack of funding for schooling consistent with their religious beliefs. The fact that they may have chosen their religion and with it the need to send their children to religious schools does not negate the discrimination. This discrimination places a real and substantial financial burden on the appellants. The appellants are not treated as equal before and under the *Education Act* and do not receive equal benefit of the law. Therefore, the infringement of s. 15 is established.

4. *Is the Infringement of Section 15 of the Charter Justified Under Section 1?*

An infringement of one of the guarantees of the *Charter* does not establish a breach of the *Charter*. Section 1 of the *Charter* proclaims that the state is entitled to limit the rights and freedoms set out in the *Charter* provided that the limit is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

Is the denial of funding to private religious schools reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society? The onus is on the province of Ontario to establish that it is. In order to do so, it must show: first, that the restriction of funding has an objective of pressing and substan-

de naissance, comme la race ou l’âge, ou de différences de choix, comme c’est souvent le cas de la religion, la loi part de la prémisse que la personne a droit au même traitement, malgré ces différences. L’État ne saurait «reprocher» à la victime de discrimination d’avoir choisi la situation à l’origine de la négation de l’avantage en cause. Cette personne a droit à l’avantage peu importe ce choix. L’essence de l’art. 15 est que l’État ne saurait invoquer des choix, comme celui d’une religion, pour refuser à quelqu’un la même protection et le même bénéfice de la loi.

Je conclus que, bien que l’école laïque soit, en théorie, accessible à tous les membres du public, les croyances religieuses des appelants les empêchent d’envoyer leurs enfants à l’école publique. En conséquence, ils sont victimes de discrimination par suite d’un effet préjudiciable en raison de l’absence de financement des écoles compatibles avec leurs croyances religieuses. Le fait qu’ils puissent avoir choisi leur religion et qu’ils doivent maintenant envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles n’annule pas la discrimination. Cette discrimination impose aux appelants un fardeau financier réel et important. Les appelants ne sont pas égaux devant la *Loi sur l’éducation* ni dans l’application de cette loi, et ils ne jouissent pas du même bénéfice de la loi. En conséquence, la violation de l’art. 15 est établie.

4. *La violation de l’art. 15 de la Charte est-elle justifiée au sens de l’article premier?*

Une atteinte à l’une des garanties de la *Charte* n’établit pas l’existence d’une violation de la *Charte*. L’article premier de la *Charte* prévoit que l’État a le droit de limiter les droits et libertés énoncés dans la *Charte*, pourvu que cette limite soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Le refus de financer les écoles confessionnelles privées est-il raisonnable et sa justification peut-elle se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique? Il appartient à la province d’Ontario d’établir cela. À cette fin, elle doit démontrer, premièrement, que la restriction du financement

209

210

211

tial concern in a free and democratic society; and second, that the objective is proportionate to, or not outweighed by, the effect of the infringing measure: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Proportionality generally requires proof that the measure is rationally connected to the objective; that it impairs the right or freedom as little as possible; and that there is proportionality between the effects of the infringing measure and the objective sought.

The Objective of the Denial of Funding

212

The decision to fully fund public secular schools while denying any funding to independent religious schools (other than the constitutionally mandated funding for Roman Catholic schools) is at base a political decision. Its objective, the record shows, is to foster a strong public secular school system attended by students of all cultural and religious groups. Canada in general and Ontario in particular is a multicultural, multireligious society. A multicultural multireligious society can only work, it is felt, if people of all groups understand and tolerate each other. According to the Shapiro Report (*Report of the Commission on Private Schools in Ontario* (1985)), submitted in evidence, "the public school context represents . . . the most promising potential for realizing a more fully tolerant society". Children of all races and religions learn together and play together. No religion is touted over any other. The goal is to provide a forum for the development of respect for the beliefs and customs of all cultural groups and for their ethical and moral values. The strength of the public secular school system is its diversity — diversity which its supporters believe will lead to increased understanding and respect for different cultures and beliefs.

213

Against this, it is submitted that the real goal of denying funding is not to create a more tolerant

visé un objectif urgent et réel dans le cadre d'une société libre et démocratique, et deuxièmement, que cet objectif est proportionné à l'effet de la mesure attentatoire et n'est pas supplanté par cet effet: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En ce qui concerne la proportionnalité, il faut généralement prouver que la mesure a un lien rationnel avec l'objectif visé; qu'elle porte atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question, et qu'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure attentatoire et l'objectif recherché.

L'objectif du refus de financer

La décision de financer pleinement les écoles laïques publiques tout en refusant ce financement aux écoles confessionnelles indépendantes (à l'exception du financement des écoles catholiques romaines prescrit par la Constitution) est fondamentalement une décision politique. Comme le révèle le dossier, l'objectif de cette décision est de favoriser l'établissement d'un solide régime d'écoles laïques publiques fréquentées par des élèves de tous les groupes culturels et religieux. Le Canada en général, et l'Ontario en particulier, est une société multiculturelle multiconfessionnelle. Une société de cette nature ne peut fonctionner, estime-t-on, que si les membres de tous les groupes qui la composent se comprennent et se tolèrent mutuellement. Selon le rapport Shapiro (*Rapport de la Commission sur les écoles privées de l'Ontario* (1985)) qui a été déposé en preuve, [TRADUCTION] «le contexte des écoles publiques offre [. . .] les chances les plus prometteuses d'établir une société plus tolérante». Les enfants de toutes les races et religions font leur apprentissage et jouent ensemble. Aucune religion n'est favorisée par rapport à une autre. L'objectif est d'établir un climat propice au respect des croyances et des coutumes de tous les groupes culturels et de leurs valeurs éthiques et morales. C'est la diversité du régime d'écoles laïques publiques qui en fait la force — diversité qui, selon les tenants de ce régime, donnera lieu à une meilleure compréhension et à un plus grand respect des différentes cultures et croyances.

À l'encontre de cet argument, on soutient que le véritable objectif du refus de financer n'est pas de

society, but merely to avoid siphoning any funds from the public school system. This contention goes to the effect of denying funding and is more properly considered at the stage of rational connection in the proportionality inquiry.

It is also argued that the objective of fostering a multicultural ethic by denying funding to private schools and hence encouraging minorities to attend public schools cannot be accepted because it strikes at the core of the *Charter* right. It will have the effect, it is argued, of forcing some people to violate their religious beliefs. This cannot, it is asserted, be a valid objective. In essence, this argument asserts that the effect of the infringing measure — the denial of a practice at the core of freedom of religion — is such that it outweighs the social objective by which the province seeks to justify the intrusion of freedom of religion. Since this assertion is really an argument that the effect of the measure is disproportionate to the objective, I prefer to consider it under that head.

I conclude that the encouragement of a more tolerant harmonious multicultural society constitutes a pressing and substantial objective capable, provided its effect is duly proportionate, of justifying the infringement of s. 15.

Proportionality

(i) Rational Connection

The first question is whether there is a rational connection between the denial of funding to independent religious schools and the ultimate goal of promoting tolerance and understanding between people of different cultural and religious groups.

The argument linking denial of funding for independent religious schools to the ultimate objective of a more tolerant society goes like this. By providing funding to secular schools where people of all religions are welcomed free of cost,

créer une société plus tolérante, mais simplement d'éviter que des fonds destinés au régime d'écoles publiques ne soient canalisés ailleurs. Cet argument concerne l'effet du refus de financer et il vaut mieux l'analyser en même temps que le lien rationnel dans le cadre de l'examen de la proportionnalité.

On soutient également que l'objectif de favoriser l'établissement d'une éthique multiculturelle en refusant de financer les écoles privées, et d'encourager ainsi les minorités à fréquenter l'école publique, ne saurait être accepté parce qu'il touche au cœur même d'un droit garanti par la *Charte*. On soutient que cet objectif aura pour effet de contraindre certaines personnes à violer leurs croyances religieuses. Cela ne saurait, affirme-t-on, constituer un objectif valide. Essentiellement, cet argument veut que l'effet de la mesure attentatoire — la négation d'une pratique au cœur de la liberté de religion — soit tel qu'il l'emporte sur l'objectif social au moyen duquel la province cherche à justifier l'atteinte à la liberté de religion. Puisque cela revient, en réalité, à dire que l'effet de la mesure est disproportionné à l'objectif, je préfère l'examiner sous cette rubrique.

Je conclus qu'encourager l'établissement d'une société multiculturelle harmonieuse plus tolérante constitue un objectif urgent et réel susceptible de justifier la violation de l'art. 15, pourvu que l'effet de cet objectif soit bien proportionné.

Proportionnalité

(i) Le lien rationnel

La première question est de savoir s'il existe un lien rationnel entre le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes et l'objectif ultime de favoriser la tolérance et la compréhension entre des personnes de différents groupes culturels et religieux.

Voici comment se présente l'argument qui lie le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes à l'objectif ultime d'établir une société plus tolérante. En finançant les écoles laïques que des gens de toutes les religions peuvent fréquenter

214

215

216

217

the government encourages people of different cultures and creeds to educate their children together. If funding were provided for private religious schools many of those who now send their children to secular schools would instead send their children to independent religious schools. The public secular schools would lose some students from diverse backgrounds. These students, instead of being educated in public multicultural multireligious schools, would be educated with homogeneous groups of people of similar beliefs. In short, secular schools might become less diverse and the number of students receiving parochial educations would increase. The overall effect would be to diminish the multicultural exposure of children in schools. This lack of exposure, in turn, would diminish the mutual tolerance and understanding of Ontarians of diverse cultures and religions for one another.

gratuitement, le gouvernement encourage les personnes de culture et de croyances différentes à faire éduquer leurs enfants ensemble. Si des fonds étaient versés à des écoles confessionnelles privées, bon nombre de ceux qui envoient maintenant leurs enfants à l'école laïque les enverraient à l'école confessionnelle indépendante. Les écoles laïques publiques perdraient certains élèves de divers milieux socioculturels. Ces élèves, au lieu d'être éduqués dans des écoles multiconfessionnelles et multiculturelles publiques, seraient éduqués au sein de groupes homogènes de personnes ayant des croyances similaires. Bref, les écoles laïques pourraient devenir moins diversifiées et le nombre d'élèves recevant un enseignement confessionnel augmenterait. Cela aurait pour effet global de diminuer l'exposition au multiculturalisme des enfants fréquentant ces écoles. En revanche, ce manque d'exposition entraînerait une diminution de la tolérance et la compréhension mutuelles des Ontariens de cultures et de religions différentes.

218 Scientific demonstration of cause and effect is not necessary to satisfy the requirement of a rational connection between the objective sought and the infringing measure. Legislators can seldom demonstrate that the measures they propose for the betterment of society will inevitably have that effect. What is required is that the measure not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations: *Oakes, supra*, at p. 139. As a matter of common sense, can it be said that the measure or legislative scheme in question may promote (as opposed to inevitably accomplish) the objective sought?

On n'a pas à faire la démonstration scientifique des causes et des effets pour satisfaire à l'exigence de lien rationnel entre l'objectif recherché et la mesure attentatoire. Un législateur peut rarement démontrer que les mesures qu'il propose pour améliorer la société auront inévitablement cet effet. Ce qui est nécessaire, c'est que la mesure ne soit pas arbitraire, inéquitable ou fondée sur des considérations irrationnelles: *Oakes*, précité, à la p. 139. Suivant le simple bon sens, peut-on dire que la mesure ou la disposition législative en question est susceptible de favoriser la réalisation de l'objectif recherché (plutôt que de le réaliser inévitablement)?

219 This test, in my view, is met in this appeal. The denial of funding to separate schools is rationally connected to the goal of a more tolerant society.

À mon avis, on satisfait à ce critère en l'espèce. Le refus de financer des écoles séparées a un lien rationnel avec l'objectif de société plus tolérante.

(ii) *Minimal Impairment*

(ii) *L'atteinte minimale*

220 Once it is established that the infringing measure is rationally connected to the objective by which the province seeks to justify it, the enquiry moves to the question of whether the measure impairs the right or freedom as little as possible.

Une fois que l'on a établi que la mesure attentatoire a un lien rationnel avec l'objectif par lequel la province cherche à la justifier, il faut ensuite déterminer si cette mesure porte atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question. Lorsque des

Where social issues are at stake, courts approach the legislature's decision as to what infringement is required to achieve the desired end with considerable deference. It is not difficult to conjure up hypothetical solutions which might infringe the right in question less than the solution chosen by the legislature. This alone is insufficient to allow the courts to declare that the legislature's solution violates the *Charter*. As long as the measure falls within a range of acceptable solutions to the problem, it will pass the minimal impairment test: *Edwards Books, supra, Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. Again, common sense is the guide.

In the appeal at bar, it is impossible to say whether a less intrusive measure, such as partial funding for private religious schools, might achieve the same objective with less infringement of the guarantee of freedom of religion. The Ontario Legislature has chosen a measure that falls within the range of reasonable responses to the problem of promoting a more tolerant multicultural society.

(iii) *Proportionality Between the Effect of the Infringing Measure and the Objective*

The appellants argue that the effect of denial of funding is to infringe a right at the heart of their religious practice. This infringement is so serious that it can never be justified, they assert. To justify it would negate rather than limit freedom of religion. While the argument was put forward to assert that the province's objective was not pressing and substantial, it really amounts to an argument that the effect of the measure is so serious that it must outweigh the state's objective of fostering a more tolerant society through multicultural education.

Section 1 of the *Charter* permits reasonable limitations of rights, not their annihilation. It is not

questions sociales sont en jeu, les tribunaux abordent avec énormément de retenue la décision du législateur pour ce qui est de déterminer l'atteinte requise pour réaliser la fin souhaitée. Il n'est pas difficile d'évoquer des solutions hypothétiques qui pourraient porter moins atteinte au droit en question que la solution retenue par le législateur. Cela n'est pas suffisant en soi pour permettre aux tribunaux de déclarer que la solution du législateur viole la *Charte*. Pourvu que la mesure se situe à l'intérieur d'une gamme de solutions acceptables au problème, elle satisfait au critère de l'atteinte minimale: *Edwards Books*, précité, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. De nouveau, c'est le simple bon sens qui sert de guide.

Dans le présent pourvoi, il est impossible de dire si une mesure moins envahissante, comme un financement partiel des écoles confessionnelles privées, permettrait d'atteindre le même objectif avec une atteinte moins grande à la garantie de liberté de religion. La législature ontarienne a choisi une mesure qui se situe à l'intérieur de la gamme des réponses raisonnables au problème de favoriser l'établissement d'une société multiculturelle plus tolérante.

(iii) *La proportionnalité entre l'effet de la mesure attentatoire et l'objectif visé*

Les appelants soutiennent que le refus de financer a pour effet de porter atteinte à un droit qui est au cœur de leur pratique religieuse. Selon eux, cette atteinte est si grave qu'elle ne pourra jamais être justifiée. La justifier aurait pour effet d'annihiler plutôt que de limiter leur liberté de religion. Bien que cet argument ait été avancé pour faire valoir que l'objectif de la province n'était pas urgent et réel, il revient, en fait, à prétendre que l'effet de la mesure est si grave qu'il doit l'emporter sur l'objectif de l'État de favoriser, par une éducation multiculturelle, l'établissement d'une société plus tolérante.

L'article premier de la *Charte* prévoit que les droits peuvent être restreints dans des limites rai-

221

222

223

difficult to conceive of laws whose effect would be virtually to eviscerate a particular freedom or right, creating an effect so disproportionate to the goal by which they are sought to be justified that they could not be justified. For example, it might be difficult to accept that a law preventing Muslims, Christians, Hindus, or some other religious group from public worship could be justified on any ground. At the same time, the *Charter* permits limitation of rights provided the effect is proportionate to the objective the state asserts. Virtually every aspect of human conduct is capable of being the subject of religious belief. It is inevitable that some of the conduct sanctioned or prescribed by religious belief will conflict with the legal prescriptions of society or suffer limitation as the state pursues broader goals in the interest of society as a whole, giving rise to a breach of the guarantee of religious freedom or to an unequal treatment on the ground of religion. To take an extreme example, a religious belief requiring corporal punishment of a child might conflict with a provision of the criminal law forbidding physical violence against children. The question in each case is whether the effect of the limitation is proportionate to the state objective. In this case the issue is whether the limitation on equality rights effected by the *Education Act* is disproportionate to the goal of encouraging social harmony.

sonnables, et non qu'ils peuvent être annihilés. Il n'est pas difficile de concevoir des lois qui auraient pratiquement pour effet de faire perdre tout son sens à une liberté ou à un droit particuliers, et de créer un effet si disproportionné à l'objectif par lequel on cherche à les justifier, qu'elles ne pourraient être justifiées. Par exemple, il pourrait être difficile d'accepter qu'une loi interdisant aux musulmans, aux chrétiens, aux hindous ou à un autre groupe religieux de pratiquer leur religion en public puisse être justifiée par une raison quelconque. La *Charte* permet, en même temps, la restriction de droits pourvu que l'effet d'une telle restriction soit proportionné à l'objectif invoqué par l'État. Presque tous les aspects de la conduite humaine peuvent faire l'objet d'une croyance religieuse. Certaines conduites sanctionnées ou imposées par une croyance religieuse entreront inévitablement en conflit avec les préceptes juridiques de la société ou seront assujetties à des limites, du fait que l'État poursuit des objectifs plus larges dans l'intérêt de l'ensemble de la société, ce qui engendre une violation de la garantie de liberté de religion ou un traitement inégal pour cause de religion. Prenons un autre exemple extrême: une croyance religieuse exigeant le châtement corporel d'un enfant pourrait entrer en conflit avec une disposition du droit criminel interdisant la violence physique contre les enfants. Dans chaque cas, il s'agit de savoir si l'effet de la restriction est proportionné à l'objectif de l'État. En l'espèce, la question est de savoir si la restriction des droits à l'égalité à laquelle donne lieu la *Loi sur l'éducation* est disproportionnée à l'objectif de promouvoir l'harmonie sociale.

224

In my view, the effect of denying funding to independent religious schools is proportionate to the objective sought. The goal of fostering multiracial and multicultural harmony is of great importance in a society as diverse as ours. Against this must be weighed the effect of the measure — to impose additional burdens upon parents whose religious beliefs preclude education of children in public secular schools. The denial of funding does not strike at the heart of the religion; indeed, I have concluded that it does not violate religious freedom at all. Even though it is true that the

À mon avis, l'effet du refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes est proportionné à l'objectif recherché. L'objectif de promouvoir l'harmonie multiraciale et multiculturelle revêt une grande importance dans une société aussi diversifiée que la nôtre. Cela doit être soupesé avec l'effet de la mesure, qui est d'imposer un fardeau additionnel aux parents dont les croyances religieuses les empêchent d'envoyer leurs enfants dans des écoles laïques publiques. Le refus de financer ne touche pas au cœur de la religion; en fait, j'ai conclu qu'il ne viole absolument pas la

impugned scheme discriminates on the basis of religion, the record does not establish that the denial of funding compels anyone to violate their religious beliefs in a fashion which would violate s. 2(a) of the *Charter*. If the Act compelled attendance at public schools, then this might be argued to be the case. But the Act permits other alternatives, including home study. Such alternatives may impose burdens not carried by parents whose children attend publicly funded schools — therein lies the inequality that results in a finding of infringement of s. 15 — but it does not preclude the state from attempting to justify its program on the ground of overarching public concern.

5. *Conclusion on the Issue of Constitutionality of Denial of Funding for Independent Religious Schools*

I conclude that while denial of funding for independent religious schools infringes the equality guarantee of the *Charter*, the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

B. Funding to Assist Handicapped Children — The School Health Support Services Program

If the denial of funding for independent religious schools constitutes a violation of s. 15 of the *Charter*, so must the denial of funding for assistance for handicapped children attending such schools. The only question is whether this denial is justified under s. 1 of the *Charter*.

With deference to those who hold otherwise, I do not think the problem can be solved simply by labelling the denial of assistance to handicapped children in independent religious schools a matter of health and not of education or *vice versa*. The program to assist handicapped school children, while it falls under the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, is designated in Regulation 552, (R.R.O 1990, Reg. 552, s. 14(1)) as a “special

liberté de religion. Même s’il est vrai que le régime attaqué crée une distinction fondée sur la religion, le dossier n’établit pas que le refus de financer force qui que ce soit à violer ses croyances religieuses d’une façon contraire à l’al. 2a) de la *Charte*. Si la Loi imposait la fréquentation des écoles publiques, on pourrait alors faire valoir que c’est ce qui se produit. Cependant, la Loi permet d’autres solutions, y compris l’enseignement au foyer. Ces solutions peuvent imposer des fardeaux non assumés par les parents dont les enfants fréquentent les écoles publiques — d’où l’inégalité qui amène à conclure qu’il y a violation de l’art. 15 —, mais cela n’empêche pas l’État de tenter de justifier son programme par une préoccupation publique générale.

5. *Conclusion relative à la question de la constitutionnalité du refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes*

Je conclus que, bien que le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes viole la garantie d’égalité prévue dans la *Charte*, cette violation est justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*.

B. Le financement destiné à aider les enfants handicapés — Le programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire

Si le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes constitue une violation de l’art. 15 de la *Charte*, il doit en être également ainsi du refus de procurer des fonds destinés à aider les enfants handicapés qui fréquentent ces écoles. La seule question est de savoir si ce refus est justifié au sens de l’article premier de la *Charte*.

En toute déférence pour ceux qui sont d’avis contraire, je ne crois pas que l’on puisse résoudre ce problème en qualifiant simplement de question de santé au lieu de question d’éducation, ou vice versa, le refus d’aider les enfants handicapés qui fréquentent l’école confessionnelle indépendante. Bien qu’il relève de la *Loi sur l’assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, le programme destiné à aider les élèves handicapés est désigné, dans le règle-

225

226

227

education program” (emphasis added). One of its purposes is to assist disabled children to obtain education which their disability might otherwise make difficult if not impossible. Moreover, to label the matter a question of health does not obviate the inequality worked by restriction of the program to public secular and Roman Catholic schools. The Act offers this assistance to children attending public secular schools and Roman Catholic schools. It denies it to children attending independent religious schools. Therefore, it treats them unequally, whether in terms of health or education. The unequal treatment flows from the religious conviction of the parents whose belief compels them to educate their children outside the public secular system. This is sufficient to establish discrimination contrary to s. 15 of the *Charter*.

228 It is thus clear that the existing system discriminates against disabled children on the basis of their religion. In situations where a private religious school has a program analogous to a public school special education program, students enrolled in the program ought not to be denied the benefits of the *Health Insurance Act*, unless the state can justify the denial.

229 The objective which served to justify denial of school funding — the promotion of a more tolerant multicultural society — might be capable of serving to justify the fact that Regulation 552 providing for school health service relies on definitions contained in the *Education Act* and therefore alludes only to public secular schools and Roman Catholic schools. Rational connection is more problematic because of the presence of health as well as educational concerns underlying the Regulation. Nevertheless, it might be argued that the Regulation will encourage disabled children of religious minorities to participate in the multicultural public school system. The analysis founders,

ment 552 (R.R.O. 1990, règl. 552, par. 14(1)), comme «un programme d’enseignement à l’enfance en difficulté» (je souligne). L’un des objectifs de ce programme est d’aider les enfants handicapés à se faire instruire, ce que leur handicap pourrait rendre difficile par ailleurs, voire impossible. De plus, dire que la question est une question de santé ne pare pas à l’inégalité qui résulte du fait de restreindre le programme aux écoles laïques publiques et aux écoles catholiques romaines. La Loi offre cette aide aux enfants qui fréquentent l’école laïque publique et l’école catholique romaine. Elle la refuse aux enfants qui fréquentent l’école confessionnelle indépendante. Par conséquent, elle traite les enfants de façon inégale, que ce soit sur le plan de la santé ou sur celui de l’enseignement. Ce traitement inégal résulte des convictions religieuses des parents dont les croyances les forcent à faire instruire leurs enfants en dehors du régime laïc public. Cela est suffisant pour établir l’existence de discrimination contraire à l’art. 15 de la *Charte*.

Il est donc clair que le régime existant fait preuve, envers les enfants handicapés, de discrimination fondée sur leur religion. Dans les cas où une école confessionnelle privée possède un programme analogue à un programme d’enseignement à l’enfance en difficulté offert dans une école publique, les élèves inscrits à ce programme ne devraient pas se voir refuser les avantages de la *Loi sur l’assurance-santé*, à moins que l’État ne puisse justifier ce refus.

L’objectif qui a servi à justifier le refus de financer les écoles — la promotion d’une société multiculturelle plus tolérante — pourrait peut-être servir à justifier le fait que le règlement 552 relatif à la prestation de services de santé pour enfants d’âge scolaire repose sur des définitions contenues dans la *Loi sur l’éducation* et ne concerne donc que les écoles laïques publiques et les écoles catholiques romaines. Le lien rationnel est plus problématique en raison des préoccupations en matière de santé et d’éducation qui sous-tendent ce règlement. Néanmoins, on pourrait peut-être soutenir que le règlement incite les enfants handicapés appartenant aux minorités religieuses à participer au régime

however, on the rocks of minimal impairment and proportionality. Unlike funding of independent religious schools generally, the cost of extending school health services to disabled children in those schools is not great. The effect of the denial is to add to the burden already imposed by lack of school funding, the additional burden, in the case of handicapped children, of coping with their disability without the assistance available to children of other religions. It is not seriously suggested that this small amount of aid to this small group of children could adversely affect the diversity in the composition of students in the public secular school system and the ultimate goal of fostering a more tolerant society. In these circumstances, I cannot conclude that the discrimination effected by the Regulation is demonstrably justified in a free and democratic society. I would allow the appeal on this ground. The appropriate remedy, in my view, is not to strike out Regulation 552, but to read into it a provision which, for the purpose of Regulation 552 extends the *Education Act's* definition of "school" to include private denominational schools and broaden the Act's definition of "special education program" to include programs that are comparable to special education programs in public schools or Roman Catholic schools.

C. Conclusion

I would dismiss the appeal, except on the issue of health service to disabled children. There I would allow the appeal, reading Regulation 552 (R.R.O. 1990) of the *Health Insurance Act* up to include children from independent religious schools in the School Health Support Services Program.

d'écoles publiques multiculturelles. Cependant, l'analyse s'échoue sur les récifs de l'atteinte minimale et de la proportionnalité. Contrairement au financement des écoles confessionnelles indépendantes en général, ce qu'il en coûterait pour étendre la prestation des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux enfants handicapés qui fréquentent ces écoles n'est pas élevé. Le refus de financer a pour effet d'ajouter au fardeau déjà imposé par l'absence de financement des écoles, le fardeau additionnel, pour les enfants handicapés, de faire face à leur handicap sans bénéficier de l'aide offerte aux enfants d'autres religions. On ne laisse pas entendre sérieusement que ce faible montant d'aide à ce petit groupe d'enfants risque de nuire à la diversité des élèves à l'intérieur du régime d'écoles laïques publiques et à l'objectif ultime de promouvoir l'établissement d'une société plus tolérante. Dans ces circonstances, je ne puis conclure que la discrimination engendrée par le règlement a une justification qui peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. J'accueillerais le pourvoi pour ce motif. À mon avis, la réparation convenable consiste non pas à invalider le règlement 552, mais à le considérer comme incluant une disposition qui, pour les fins de ce règlement, élargit la définition du terme «école» donnée dans la *Loi sur l'éducation*, de manière à inclure les écoles confessionnelles privées, et qui élargit la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté», contenue dans la Loi, de manière à inclure des programmes comparables aux programmes d'enseignement à l'enfance en difficulté offerts dans les écoles publiques ou catholiques romaines.

C. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, sauf en ce qui concerne la question des services de santé pour enfants handicapés. À ce sujet, j'accueillerais le pourvoi en interprétant le règlement 552 (R.R.O. 1990), pris en application de la *Loi sur l'assurance-santé*, de manière à inclure, dans le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, les enfants qui fréquentent l'école confessionnelle indépendante.

Appeal dismissed, MCLACHLIN J. dissenting in part and L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp and Riky Young: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the appellants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout and the Ontario Alliance of Christian School Societies: Stikeman, Elliott, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Federation of Independent Schools: Morris, Rose, Ledgett, Toronto.

Solicitors for the interveners the Metropolitan Toronto School Board and the Ontario Public School Boards' Association: Brian A. Kelsey and William S. Challis, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Pourvoi rejeté, le juge MCLACHLIN est dissidente en partie et le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs des appelants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp et Riky Young: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs des appelants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout et Ontario Alliance of Christian School Societies: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur des intimés: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Federation of Independent Schools: Morris, Rose, Ledgett, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil scolaire de la communauté urbaine de Toronto et l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario: Brian A. Kelsey et William S. Challis, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd. *Appellants*

v.

Canadian Imperial Bank of Commerce *Respondent*

INDEXED AS: BOMA MANUFACTURING LTD. v. CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE

File No.: 24520.

1996: March 26; 1996: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Bills of exchange — Cheques — Conversion — Defences — Companies' bookkeeper issuing series of fraudulent cheques payable to third parties and depositing them to her bank accounts — Bookkeeper forging payees' signature on certain cheques — Other cheques accepted by collecting bank without endorsement — Whether collecting bank liable to companies for conversion — Whether cheques payable to fictitious or non-existing person — Whether collecting bank holder in due course — Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, ss. 20(5), 165(3).

The appellants, two small, family-owned companies whose only shareholders and officers are M and his wife, were defrauded by their bookkeeper A through a series of fraudulent cheques issued over a five-year period. A, along with the two principals, was a duly authorized signing officer on the bank accounts maintained by the companies. Cheques drawn on these accounts required only one authorized signature. A used the appellants' pre-printed cheque forms to create some 155 cheques totalling \$91,289.54, payable to a number of persons connected with the appellants, including the principals, several employees, and one of the subcontractors, Van Sang Lam (all but one of the cheques payable to Lam were made to "J. Lam" or "J. R. Lam", the initials and the last name mimicking the name of A's first husband). A signed 146 of the cheques on behalf of the appellants, and fraudulently obtained M's signature

Boma Manufacturing Ltd. et Panabo Sales Ltd. *Appelantes*

c.

Banque Canadienne Impériale de Commerce *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BOMA MANUFACTURING LTD. c. BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE

N° du greffe: 24520.

1996: 26 mars; 1996: 21 novembre.

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

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

Lettres de change — Chèques — Détournement — Moyens de défense — Aide-comptable des compagnies émettant une série de chèques frauduleux payables à des tierces parties pour ensuite les déposer dans ses comptes bancaires — Aide-comptable contrefaisant la signature des preneurs sur certains chèques — Autres chèques acceptés sans endossement par la banque d'encaissement — La banque d'encaissement est-elle responsable de détournement envers les compagnies? — Les chèques étaient-ils payables à des personnes fictives ou qui n'existaient pas? — La banque d'encaissement était-elle un détenteur régulier? — Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4, art. 20(5), 165(3).

Les appelantes, deux petites entreprises familiales dont les seuls actionnaires et dirigeants sont M et son épouse, ont été escroquées par leur aide-comptable A qui a émis une série de chèques frauduleux au cours d'une période de cinq ans. À l'instar des deux dirigeants, A était une signataire autorisée relativement aux comptes bancaires des compagnies. Les chèques tirés sur ces comptes n'exigeaient qu'une signature autorisée. A s'est servie des formulaires de chèque préimprimés des appelantes pour rédiger quelque 155 chèques dont le montant total s'élevait à 91 289,54 \$ et qui étaient payables à un certain nombre de personnes ayant des liens avec les appelantes, y compris les dirigeants, plusieurs employés et un sous-traitant, Van Sang Lam (tous les chèques payables à Lam étaient faits, sauf un, à l'ordre de «J. Lam» ou «J. R. Lam», les initiales et le nom de famille imitant le nom du premier mari de A).

on the other nine. She deposited all the cheques into one of her accounts at the respondent bank. The respondent bank's policy with respect to a customer wishing to deposit a third party cheque to her account was to require that the cheque be endorsed by the payee. However, the bank accepted 107 of the cheques payable to "J. Lam" or "J. R. Lam" for deposit without endorsement. The tellers apparently assumed that the payee was A's first husband. A forged endorsements on some of the Lam cheques, and on all of the cheques payable to other third parties. The appellants brought an action in negligence, and in the alternative, conversion, against their own bank and against the respondent. They were successful at trial, and the respondent was ordered to pay \$91,289.54. A majority of the Court of Appeal allowed the respondent's appeal, reducing the judgment so as to reflect only the amount of the nine cheques bearing M's signature.

Held (La Forest and McLachlin JJ. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A bill of exchange is a chattel that can be negotiated from party to party. Title to a bill, such as a cheque, is obtained through negotiation. Once an individual has obtained title, that individual has the right to present the bill to the drawee for payment, as well as a right of recovery against the drawer if the bill is dishonoured by the drawee. If a bank pays to its customer the amount of a cheque to which that customer is not entitled, the bank will be strictly liable to the owner of the cheque for conversion. As a matter of principle contributory negligence is not available in the context of a strict liability tort. If the contributory negligence approach is to be introduced into this area of the law, it must be at the instance of the legislative branch.

The respondent is *prima facie* liable to the drawer for conversion in this case. The general rule is that a forged or unauthorized endorsement is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to enforce payment thereof can be acquired through or under such a signature. An exception to this rule appears in s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, which provides that a bill payable to a fictitious or non-existing person may be treated as payable to bearer. A cheque payable to bearer can be negotiated by simple "delivery" to the bank; endorsement is

A a signé 146 des chèques pour le compte des appelantes et a frauduleusement obtenu la signature de M pour les neuf autres chèques. Elle a déposé tous les chèques dans l'un de ses comptes à la banque intimée. Dans le cas où un client souhaitait déposer à son compte le chèque d'une tierce partie, la banque intimée avait comme politique d'exiger l'endossement du chèque par le preneur. Cependant, la banque a accepté pour dépôt, sans endossement, 107 des chèques payables à «J. Lam» ou à «J. R. Lam». Les caissiers ou caissières ont apparemment supposé que le preneur était le premier mari de A. A a contrefait l'endossement de certains chèques à l'ordre de Lam et de tous les chèques payables à d'autres tierces parties. Les appelantes ont intenté une action pour négligence et, subsidiairement, une action pour détournement contre leur propre banque et contre l'intimée. Elles ont eu gain de cause au procès, le tribunal ordonnant à l'intimée de payer la somme de 91 289,54 \$. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de l'intimée, réduisant le montant du jugement de façon à ne refléter que les neuf chèques portant la signature de M.

Arrêt (les juges La Forest et McLachlin sont dissidents quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Une lettre de change est un bien qui peut être négocié d'une partie à une autre. Le titre sur une lettre de change, comme un chèque, s'obtient par négociation. La personne qui obtient ce titre a le droit de présenter la lettre de change au tiré pour paiement, ainsi que celui de recouvrer cette somme auprès du tireur si la lettre est refusée par le tiré. Lorsqu'une banque verse à son client le montant d'un chèque auquel il n'a pas droit, cela constitue un détournement dont elle a la responsabilité stricte envers le propriétaire du chèque. En principe, la négligence contributive ne saurait être invoquée dans le contexte d'un délit de responsabilité stricte. S'il faut introduire la notion de négligence contributive dans ce domaine du droit, ce doit être à la demande du législateur.

L'intimée est, en l'espèce, responsable à première vue de détournement envers le tireur. La règle générale veut qu'un endossement contrefait ou non autorisé n'ait aucun effet et qu'une telle signature ne confère pas le droit de garder la lettre ou d'obliger à en effectuer le paiement. Une exception à cette règle est prévue au par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, qui prévoit qu'une lettre payable à une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur. Un chèque payable au porteur peut être négocié par

not required. If the cheques in question were payable to fictitious persons, and could accordingly be treated as bearer cheques, the bank would become a "holder in due course" pursuant to s. 73 of the Act despite the forged and missing endorsements and would consequently have a defence against liability for conversion. The policy underlying the fictitious person rule seems to be that a drawer who has drawn a cheque payable to order, not intending that the payee receive payment, loses, by his or her conduct, the right to the protections afforded to a bill payable to order.

Many of the cheques in question were payable to "real" persons, albeit persons to whom no money was owed by the companies. Because A, the writer of the cheques, did not intend these payees to receive the proceeds of the cheques, the Court of Appeal concluded that the drawer of the cheques intended them to be payable to bearer. The Court of Appeal erred in focussing on A's intention. It is the intention of the drawer that is significant for the purpose of s. 20(5), not the intention of the signatory of the cheque. A is not the drawer because she cannot be said to be the guiding mind of the corporate appellants; she simply had signing authority within limited circumstances. The relevant intention in this case is that of the appellant companies, as expressed by their guiding mind.

Where a drawer is fraudulently induced by another person into issuing a cheque for the benefit of a real person to whom no obligation is owed, the cheque is to be considered payable to the payee and not to a fictitious person. Here the cheques payable to actual persons associated with the appellants were not payable to fictitious persons, and could not be treated by the respondent bank as payable to bearer. While many of the cheques were made payable not to actual persons associated with the companies, but to "J. Lam" and "J. R. Lam", M was reasonably mistaken in thinking that the payee was an individual associated with his companies. These cheques thus could not be treated by the respondent bank as payable to bearer. While the cheques certainly were "delivered" by A to the respondent bank within the meaning of s. 2 of the Act, for negotiation to be effected endorsement by the payee was required.

Under s. 165(3) of the Act, a bank that collects a cheque for deposit to the credit of a person and that

simple «livraison» à la banque; il n'a pas besoin d'être endossé. Si les chèques en question étaient payables à des personnes fictives et pouvaient donc être considérés comme des chèques payables au porteur, la banque deviendrait un «détenteur régulier», conformément à l'art. 73 de la Loi, même s'il y avait falsification ou absence d'endossement, et disposerait donc d'un moyen de défense opposable à une action pour détournement. Le principe sous-jacent à la règle de la personne fictive semble être le suivant: si une personne a tiré un chèque payable à ordre, sans vouloir que le preneur reçoive paiement, elle perd, en raison de sa conduite, le droit aux mesures de protection dont bénéficie une lettre de change payable à ordre.

Bon nombre des chèques en cause étaient payables à des personnes «réelles», quoique ce fussent des personnes à qui les compagnies ne devaient pas d'argent. Parce que A, l'auteur des chèques, ne voulait pas que ces preneurs reçoivent les montants en question, la Cour d'appel a conclu que le tireur des chèques voulait qu'ils soient payables au porteur. La Cour d'appel a commis une erreur en se concentrant sur l'intention de A. C'est l'intention du tireur qui est importante pour les fins du par. 20(5) et non celle du signataire du chèque. A n'est pas le tireur parce que l'on ne peut dire qu'elle est l'âme dirigeante des compagnies appelantes; elle était tout simplement autorisée à signer dans certaines circonstances. En l'espèce, l'intention pertinente est celle des compagnies appelantes, exprimée par leur âme dirigeante.

Lorsqu'un tireur est amené frauduleusement par une autre personne à émettre un chèque au profit d'une personne existante envers qui il n'existe aucune obligation, le chèque doit être considéré comme payable au preneur et non à une personne fictive. En l'espèce, les chèques payables à des personnes existantes ayant des liens avec les appelantes n'étaient pas payables à des personnes fictives, et la banque intimée ne pouvait pas les considérer comme payables au porteur. Même si de nombreux chèques étaient payables non pas à des personnes existantes ayant des liens avec les compagnies, mais plutôt à «J. Lam» et à «J. R. Lam», M a raisonnablement cru à tort que le preneur était une personne ayant des liens avec ses compagnies. Ces chèques ne pouvaient donc pas être considérés par la banque intimée comme payables au porteur. Bien que les chèques aient sûrement été «livrés» par A à la banque intimée, au sens de l'art. 2 de la Loi, ils devaient, pour être négociés, porter l'endossement du preneur.

Aux termes du par. 165(3) de la Loi, lorsqu'une banque encaisse un chèque en vue de le déposer au

credits that person with the amount of the cheque acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque. The "person" in this section means a person who is entitled to the cheque. Consequently, s. 165(3) does not apply to the facts of this case. A was not the payee or a legitimate endorsee of the cheques in question, and accordingly she was not a "person" within the meaning of s. 165(3). Absent valid endorsements, the cheques were not validly negotiated to the bank. As a result, the respondent bank took the cheques subject to the equities of the situation. A was not entitled to the cheques, but the respondent bank credited her with the amount of those cheques. This constitutes conversion, for which the bank is strictly liable.

Per La Forest and McLachlin JJ. (dissenting on the appeal): The underlying conflict that arises when trying to decide the scope and application of s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act* is that of the allocation of loss as between the accepting bank and the drawer of a fraudulent cheque. This conflict becomes ripe when it is an employee of the drawer, or a third person, who perpetrates the fraud and the loss must be borne by one of two innocent parties. As between the employer/drawer and the accepting bank, the employer/drawer should bear the risk of any loss and is in the best position to minimize that risk. As demonstrated by the facts of this case, it is easy enough for the perpetrator to forge the endorsement of the named payee and there is no way for the bank to verify the authenticity of the signature. On the other hand, the employer/drawer is in a much better position to put a stop to fraud of this type and is at least in an equal position to bear any loss. As a matter of course, any risk of loss on the part of a large corporation is generally covered by fidelity insurance. It is also possible for large-scale fraud to be discovered through audits or other protective measures. Allocating the loss to the accepting bank removes all incentive from a corporation to pursue business practices that will minimize such losses. Furthermore, such an allocation does not fit in well with the general scheme of bills of exchange, since the essence of a bill of exchange is its negotiability and the finality of payment inherent to such a negotiation.

Of the 155 fraudulent cheques, 41 were made out to existing employees of the appellants. With respect to the three cheques out of the 41 which A fraudulently produced and then induced M to sign, the respondent bank's defence under s. 20(5) must fail in light of this

compte d'une personne et qu'elle porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, elle acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque. La «personne» visée à ce paragraphe est une personne ayant droit au chèque. En conséquence, le par. 165(3) ne s'applique pas aux faits de la présente affaire. A n'était ni le preneur ni un endossataire légitime des chèques en question et n'était donc pas une «personne» au sens du par. 165(3). Sans endossement valide, les chèques n'ont pas été valablement négociés à la banque. Par conséquent, la banque intimée a accepté les chèques sous réserve des droits susceptibles d'exister en *equity*. A n'avait pas droit aux chèques, mais la banque intimée lui en a crédité le montant. Cela constitue un détournement dont la banque a la responsabilité stricte.

Les juges La Forest et McLachlin (dissidents quant au pourvoi principal): Le conflit sous-jacent à toute tentative de déterminer la portée et l'application du par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change* réside dans la répartition de la perte entre la banque qui a accepté un chèque frauduleux, et le tireur de ce chèque. Ce conflit atteint son paroxysme quand c'est un employé du tireur, ou un tiers, qui commet la fraude et que la perte doit être assumée par l'une de deux parties innocentes. En ce qui concerne l'employeur-tireur et la banque-accepteur, c'est l'employeur-tireur qui doit assumer le risque de perte et qui est le mieux placé pour réduire au minimum ce risque. Comme le montrent les faits de la présente affaire, le fraudeur peut assez aisément falsifier l'endossement du preneur nommé et la banque n'a aucun moyen de vérifier l'authenticité de la signature. En revanche, l'employeur-tireur est beaucoup mieux placé pour mettre fin à ce genre de fraude et est au moins aussi bien placé pour assumer toute perte subie. Il va sans dire que tout risque de perte auquel est exposée une grande entreprise est généralement couvert par une assurance contre les détournements. Il est également possible de déceler la fraude sur grande échelle par des vérifications et d'autres mesures de protection. Faire assumer la perte par la banque-accepteur enlève à une société toute incitation à poursuivre des pratiques commerciales propres à réduire au minimum ces pertes. De plus, faire assumer la perte par la banque-accepteur ne cadre pas bien avec l'économie du régime des lettres de change, puisque l'essence d'une lettre de change est sa négociabilité et l'irrévocabilité du paiement inhérent à la négociation de cette lettre.

Parmi les 155 chèques frauduleux, 41 étaient payables à des employés existants des appelantes. En ce qui concerne les trois chèques, sur les 41, que A a rédigés frauduleusement, pour ensuite inciter M à les signer, le moyen de défense que la banque intimée a invoqué en

Court's decision in *Concrete Column Clamps*. However, the remaining 38 cheques prepared and signed by A, and payable by way of pretence to employees of the appellants, are payable to fictitious persons within the meaning of s. 20(5) of the Act and consequently must be treated as payable to bearer. The respondent bank is a holder in due course of these cheques and cannot be liable to the appellants for conversion. The application of the law of agency leads to the inevitable conclusion that where the fraudulent employee is a signing officer of the drawer, then his or her intent must be taken as being the intent of the drawer. While A clearly acted beyond the ambit of what the appellants had in mind when she prepared and signed cheques made out to payees who were not their creditors, it is equally clear that to the eyes of a third party she would have had the apparent authority to sign the cheques as she was an acknowledged signing officer of both companies. The intent of A is thus also the intent of the appellants, the drawer of the cheques. Assuming it is possible to do so, this is not an appropriate case for apportionment.

The test for a non-existent person under s. 20(5) is an objective one and involves a determination of whether the payee is a matter of invention and not a real person. The 114 cheques payable to D. Lam, J. Lam or J. R. Lam were payable to non-existent persons within the meaning of s. 20(5) and are therefore to be treated as payable to bearer. The respondent bank is accordingly a holder in due course of these cheques and has a complete defence against the action of the appellants. Section 165(3) should be given the interpretation adopted by Iacobucci J. both to avoid disharmony with the general scheme for cheques set out in the Act and to prevent injustice, and is thus not available as a defence to the respondent bank on the facts of this case. Since the respondent did not cross-appeal with respect to the application of s. 20(5), the judgment of the Court of Appeal should stand as is.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; **disapproved:** *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736; **referred to:** *Number 10 Management Ltd. v. Royal Bank of*

vertu du par. 20(5) doit échouer, compte tenu de l'arrêt *Concrete Column Clamps* de notre Cour. Cependant, les 38 autres chèques rédigés et signés par A, et apparemment payables à des employés des appelantes, sont payables à des personnes fictives au sens du par. 20(5) de la Loi et doivent donc être tenus pour payables au porteur. La banque intimée est le détenteur régulier de ces chèques et ne saurait être responsable de détournement envers les appelantes. L'application du droit des mandats amène inévitablement à conclure que, lorsque l'employé malhonnête est un signataire autorisé du tireur, son intention doit alors être considérée comme étant celle du tireur. Bien qu'il soit clair que A est allée au-delà de ce que les appelantes avaient à l'esprit quand elle a rédigé et signé les chèques payables à des preneurs qui n'étaient pas leurs créanciers, il est également clair qu'aux yeux d'une tierce partie elle était apparemment autorisée à signer les chèques, car elle était une signataire reconnue des deux compagnies. L'intention de A est donc aussi l'intention des appelantes qui sont le tireur des chèques. À supposer que cela soit possible, la présente affaire ne se prête pas à une répartition de la perte.

Le critère applicable à la personne qui n'existe pas au sens du par. 20(5) est un critère objectif et consiste notamment à se demander si le preneur d'un chèque est une invention et n'est pas une personne réelle. Les 114 chèques payables à D. Lam, J. Lam ou J. R. Lam étaient payables à des personnes qui n'existaient pas au sens du par. 20(5) et doivent être considérés comme payables au porteur. Par conséquent, la banque intimée est le détenteur régulier de ces chèques et jouit d'un moyen de défense complet contre l'action des appelantes. Le paragraphe 165(3) devrait être interprété comme le fait le juge Iacobucci, à la fois pour éviter qu'il soit incompatible avec l'économie du régime des chèques établi dans la Loi et pour empêcher qu'une injustice ne soit commise, et d'après les faits du présent pourvoi, il ne saurait donc être invoqué comme moyen de défense par la banque intimée. Étant donné que l'intimée n'a pas formé de pourvoi incident relativement à l'application du par. 20(5), l'arrêt de la Cour d'appel doit demeurer inchangé.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec l'arrêt: *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; **arrêt critiqué:** *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736; **arrêts mentionnés:** *Number 10 Management*

Canada (1976), 69 D.L.R. (3d) 99; *Marfani & Co. v. Midland Bank, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 573; *Jervis B. Webb Co. v. Bank of Nova Scotia* (1965), 49 D.L.R. (2d) 692; *Ontario Woodsworth Memorial Foundation v. Grozbord*, [1969] S.C.R. 622; *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Banque Canadienne Nationale*, [1934] S.C.R. 596; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; *Gough Electric Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 34 B.L.R. 17; *Royal Bank of Canada v. Wild* (1974), 51 D.L.R. (3d) 188.

By La Forest J. (dissenting on the appeal)

Bank of England v. Vagliano Brothers, [1891] A.C. 107; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *London Life Insurance Co. v. Molsons Bank* (1904), 8 O.L.R. 238; *Metropolitan Life Insurance Co. v. Quebec Bank* (1916), 50 C.S. 214; *Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. Engelhard Industries of Canada Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 787; *Clutton v. George Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Grey v. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 60; *Caledonian Railway Co. v. North British Railway Co.* (1881), 6 App. Cas. 114.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, ss. 2 "bearer", "delivery", "endorsement", "holder", 20(2), (3), (4), (5), 38, 39(1)(a), (2), 48(1), (3), 49(1), 55(1), 59, 73, 165(3).
Bills of Exchange Act, 1882 (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 61, s. 60.
Bills of Exchange Act, 1890, S.C. 1890, c. 33, s. 21.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *The Cheque: Some Modernization*. Ottawa: The Commission, 1979.
 Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.
Dictionary of Canadian Law, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "drawer".

Ltd. c. Royal Bank of Canada (1976), 69 D.L.R. (3d) 99; *Marfani & Co. c. Midland Bank, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 573; *Jervis B. Webb Co. c. Bank of Nova Scotia* (1965), 49 D.L.R. (2d) 692; *Ontario Woodsworth Memorial Foundation c. Grozbord*, [1969] R.C.S. 622; *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. c. Banque Canadienne Nationale*, [1934] R.C.S. 596; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456; *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; *Gough Electric Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 34 B.L.R. 17; *Royal Bank of Canada c. Wild* (1974), 51 D.L.R. (3d) 188.

Citée par le juge La Forest (dissident quant au pourvoi principal)

Bank of England c. Vagliano Brothers, [1891] A.C. 107; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456; *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *London Life Insurance Co. c. Molsons Bank* (1904), 8 O.L.R. 238; *Metropolitan Life Insurance Co. c. Quebec Bank* (1916), 50 C.S. 214; *Canadian Laboratory Supplies Ltd. c. Engelhard Industries of Canada Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 787; *Clutton c. George Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Grey c. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 60; *Caledonian Railway Co. c. North British Railway Co.* (1881), 6 App. Cas. 114.

Lois et règlements cités

Acte des lettres de change, 1890, S.C. 1890, ch. 33, art. 21.
Bills of Exchange Act, 1882 (R.-U.), 45 & 46 Vict., ch. 61, art. 60.
Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4, art. 2 «détenteur», «endossement ou endos», «livraison», «porteur», 20(2), (3), (4), (5), 38, 39(1)(a), (2), 48(1), (3), 49(1), 55(1), 59, 73, 165(3).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *Le chèque: un peu plus moderne*. Ottawa: La Commission, 1979.
 Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.
Dictionary of Canadian Law, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, «drawer».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 1956.

Geva, Benjamin. "The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd." (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 418.

Martin, Sheila L. "Section 165(3) of the Bills of Exchange Act" (1985-86), 11 *C.B.L.J.* 23.

Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.

Ogilvie, M. H. "Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*" (1994), 9 *B.F.L.R.* 227.

Rafferty, Nicholas. "Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers" (1979-80), 4 *C.B.L.J.* 208.

Scott, Stephen A. "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166, varying a judgment of the British Columbia Supreme Court (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368, allowing the appellants' action in damages. Appeal allowed, La Forest and McLachlin JJ. dissenting, and cross-appeal dismissed.

Bruce B. Clark, for the appellants.

Keith E. W. Mitchell and *H. Rhys Davies*, for the respondent.

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

IACOBUCCI J. — In the main, this appeal raises issues concerning the tort of conversion with respect to cheques, the meaning of fictitious or non-existing persons in s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C., 1985, c. B-4 (the "Act"),

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 1956.

Geva, Benjamin. «The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.» (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 418.

Martin, Sheila L. «Section 165(3) of the Bills of Exchange Act» (1985-86), 11 *C.B.L.J.* 23.

Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.

Ogilvie, M. H. «Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*» (1994), 9 *B.F.L.R.* 227.

Rafferty, Nicholas. «Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers» (1979-80), 4 *C.B.L.J.* 208.

Scott, Stephen A. «The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History» (1973), 19 *R.D. McGill* 78.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166, qui a modifié une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368, qui avait accueilli l'action en dommages-intérêts des appelantes. Pourvoi principal accueilli, les juges La Forest et McLachlin sont dissidents, et pourvoi incident rejeté.

Bruce B. Clark, pour les appelantes.

Keith E. W. Mitchell et *H. Rhys Davies*, pour l'intimée.

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

LE JUGE IACOBUCCI — Dans l'ensemble, le présent pourvoi soulève des questions concernant le délit de détournement relatif à des chèques, l'interprétation de l'expression «personne fictive ou qui n'existe pas» au par. 20(5) de la *Loi sur les lettres*

and the defence of a holder in due course under s. 165(3) of the Act.

I. Background

2 The appellants Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd. are associated companies in the business of manufacturing and marketing small souvenir items. The only shareholders and officers of the companies are Boris Mange and Ursula Mange.

3 The appellants' bookkeeper Donna Alm committed fraud against the companies by way of issuing a long series of fraudulent cheques. These cheques were honoured by her bank, the respondent Canadian Imperial Bank of Commerce ("CIBC") over the course of five years. The appellants brought an action in negligence, and in the alternative, conversion, against their bank, the Royal Bank of Canada, and against the respondent.

4 Donna Alm had been working for the appellants since 1967. Her responsibilities included preparing the payroll, handling accounts receivable and payable, preparing cheques and reconciling bank statements. She was never an officer, director or shareholder of the companies. She was, however, a duly authorized signing officer on the bank accounts maintained by the companies, along with Boris and Ursula Mange. Cheques drawn on these accounts required only one authorized signature. It was understood that Alm was to sign cheques only when the others were unavailable to do so, and only with respect to legitimate obligations of the companies.

5 Donna Alm's sole supervisor was Boris Mange. He would occasionally look at the cheque register and monthly bank statements. However, no routine, internal or independent audits were ever undertaken prior to discovery of the fraud.

de change, L.R.C. (1985), ch. B-4 (la «Loi»), et le moyen de défense du détenteur régulier au sens du par. 165(3) de la Loi.

I. Le contexte

Les appelantes Boma Manufacturing Ltd. et Panabo Sales Ltd. sont des compagnies associées dans le commerce de la fabrication et de la commercialisation des petits souvenirs. Les seuls actionnaires et dirigeants de ces compagnies sont Boris Mange et Ursula Mange.

L'aide-comptable des appelantes, Donna Alm, a fraudé les compagnies en émettant toute une série de chèques frauduleux. Ces chèques ont été honorés par sa banque, la Banque Canadienne Impériale de Commerce intimée («CIBC») pendant une période de cinq ans. Les appelantes ont intenté une action pour négligence et, subsidiairement, une action pour détournement contre leur banque, la Banque Royale du Canada, et contre l'intimée.

Donna Alm était au service des appelantes depuis 1967. Ses tâches consistaient notamment à préparer les feuilles de paye, à s'occuper des comptes débiteurs et des comptes créditeurs, à préparer les chèques et à rapprocher les relevés bancaires. Elle n'a jamais été dirigeante, administratrice ou actionnaire des compagnies. Cependant, à l'instar de Boris et d'Ursula Mange, elle était une signataire autorisée relativement aux comptes bancaires des compagnies. Les chèques tirés sur ces comptes n'exigeaient qu'une signature autorisée. Il était entendu que Alm ne signerait des chèques que dans le cas où les autres personnes ne pourraient pas le faire, et ce, uniquement à l'égard des obligations légitimes des compagnies.

Le seul superviseur de Donna Alm était Boris Mange. Ce dernier vérifiait, à l'occasion, le registre des chèques et les relevés bancaires mensuels. Cependant, avant la découverte de la fraude, aucune vérification systématique, interne ou indépendante n'avait été effectuée.

Between 1982 and 1987, Donna Alm operated three bank accounts at a CIBC branch in North Vancouver, as follows:

- (a) a chequing account in the name of Donna Alm's first husband, John R. Alm;
- (b) a joint chequing account in the name of Donna and John R. Alm; after February 10, 1987, this account became a joint account for Donna Alm and her second husband Lou Hilford;
- (c) a chequing account in the name of Donna Alm; this account also became joint with Lou Hilford after February 10, 1987.

Between December 8, 1982 and May 6, 1987, Alm used the appellants' pre-printed cheque forms to create some 155 cheques totalling \$91,289.54, payable to a number of persons connected with the appellants, including Boris Mange, Ursula Mange, several employees, and one of the subcontractors, Van Sang Lam. The cheques payable to Lam were, with one exception, made to "J. Lam" or "J. R. Lam", the initials and the last name mimicking the name of Donna Alm's first husband. Alm signed 146 of the cheques on behalf of the appellants, and fraudulently obtained Boris Mange's signature on the other nine. Alm deposited all the cheques into one of her accounts at the CIBC.

The appellants had entered into a verification agreement with the Royal Bank in connection with their accounts, which excepted "any payments made on forged or unauthorized endorsements". The fraudulently negotiated cancelled cheques were sent to the appellants, and most of them were removed and destroyed by Alm. Her conduct was not discovered until May 11, 1987, through a new assistant bookkeeper. Alm was immediately dismissed.

In April 1988, written notice with respect to some \$74,000 worth of cheques was given to the Royal Bank and to the CIBC. A complete listing of the fraudulent cheques was provided to the Royal

Entre 1982 et 1987, Donna Alm avait trois comptes bancaires à la succursale de la CIBC de North Vancouver:

- a) un compte de chèques au nom de son premier mari, John R. Alm;
- b) un compte de chèques conjoint aux noms de Donna et John R. Alm; après le 10 février 1987, ce compte est devenu un compte conjoint pour elle et son deuxième mari Lou Hilford;
- c) un compte de chèques à son nom personnel; après le 10 février 1987, ce compte est également devenu un compte conjoint avec Lou Hilford.

Entre le 8 décembre 1982 et le 6 mai 1987, Alm s'est servie des formulaires de chèque préimprimés des appelantes pour rédiger quelque 155 chèques dont le montant total s'élevait à 91 289,54 \$ et qui étaient payables à un certain nombre de personnes ayant des liens avec les appelantes, y compris Boris Mange, Ursula Mange, plusieurs employés et un sous-traitant, Van Sang Lam. Les chèques payables à Lam étaient faits, sauf un, à l'ordre de «J. Lam» ou «J. R. Lam», les initiales et le nom de famille imitant le nom du premier mari de Donna Alm. Alm a signé 146 des chèques pour le compte des appelantes et a frauduleusement obtenu la signature de Boris Mange pour les neuf autres chèques. Alm a déposé tous les chèques dans l'un de ses comptes à la CIBC.

Les appelantes avaient conclu un accord de vérification avec la Banque Royale relativement à leurs comptes, qui excluait [TRADUCTION] «tout paiement effectué sur la foi d'un endossement falsifié ou non autorisé». Les chèques frauduleusement négociés et oblitérés ont été retournés aux appelantes et la plupart ont été retirés de la circulation et détruits par Alm. Sa conduite n'a été découverte que le 11 mai 1987 par un nouvel aide-comptable adjoint. Alm a été congédiée immédiatement.

En avril 1988, un avis écrit concernant des chèques représentant un montant de quelque 74 000 \$ a été donné à la Banque Royale et à la CIBC. À la suite d'une enquête policière, une liste

6

7

8

9

Bank and the CIBC in May of 1989, following a police investigation.

complète de tous les chèques frauduleux a été remise à la Banque Royale et à la CIBC en mai 1989.

10 The CIBC's policy with respect to a customer wishing to deposit a third party cheque to her account was to require that the cheque be endorsed by the payee. If there was no endorsement by the payee, the teller was to return the cheque to the customer. However, 107 of the cheques payable to "J. Lam" or "J. R. Lam" were accepted by the CIBC for deposit in one or the other of the three accounts without endorsement. The tellers apparently assumed that the payee was "J. Alm" or "J. R. Alm", Donna Alm's first husband, and so accepted the cheques without endorsement, contrary to policy. Donna Alm was a longstanding customer of the CIBC branch in question, and was considered to be reliable. The tellers also assumed, given the large number of transactions involving the appellants' cheques signed by Donna Alm, that Donna Alm owned the appellant companies. Some of the Lam cheques, and all of the cheques payable to other third parties, bore the forged endorsement of the payee, the forgeries having been perpetrated by Donna Alm.

Dans le cas où un client souhaitait déposer à son compte le chèque d'une tierce partie, la CIBC avait comme politique d'exiger l'endossement du chèque par le preneur. Si le chèque n'était pas endossé par le preneur, le caissier ou la caissière devait le retourner au client. Cependant, la CIBC a accepté, sans endossement, 107 des chèques payables à «J. Lam» ou à «J. R. Lam» pour dépôt dans l'un ou l'autre des trois comptes. Les caissiers ou caissières ont apparemment supposé que le preneur était «J. Alm» ou «J. R. Alm», le premier mari de Donna Alm, et ont accepté les chèques sans endossement, contrairement à la politique de la banque. Donna Alm était une cliente de longue date de la succursale en cause de la CIBC et était considérée comme une personne fiable. En raison du grand nombre d'opérations comportant les chèques des appelantes signés par Donna Alm, les caissiers ou caissières ont aussi supposé que Donna Alm était propriétaire des compagnies appelantes. Certains des chèques à l'ordre de Lam et tous les chèques payables à d'autres tierces parties portaient l'endossement falsifié du preneur, l'auteur des faux étant Donna Alm.

11 The appellants were successful at trial, and the Royal Bank was ordered to pay \$5,390.12, and the CIBC was ordered to pay \$91,289.54: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368. CIBC appealed the decision before a five-member panel. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, reducing the judgment so as to reflect only the amount of the nine cheques bearing Boris Mange's signature: (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166. A minority of two would have also held the CIBC liable for the amount of the 103 cheques signed by Donna Alm that were not endorsed.

Les appelantes ont eu gain de cause au procès, le tribunal ordonnant à la Banque Royale et à la CIBC de payer, respectivement, les sommes de 5 390, 12 \$ et de 91 289,54 \$: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368. La CIBC en a appelé de cette décision devant une formation de cinq juges. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel, réduisant le montant du jugement de façon à ne refléter que les neuf chèques portant la signature de Boris Mange: (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166. Deux juges minoritaires auraient aussi statué que la CIBC était responsable du montant des quelque 103 chèques signés par Donna Alm, qui n'avaient pas été endossés.

II. Relevant Statutory Provisions*Bills of Exchange Act*, R.S.C., 1985, c. B-4**2.** In this Act,

“bearer” means the person in possession of a bill or note that is payable to bearer;

“delivery” means transfer of possession, actual or constructive, from one person to another;

“endorsement” means an endorsement completed by delivery;

“holder” means the payee or endorsee of a bill or note who is in possession of it, or the bearer thereof;

20. . . .

(2) A negotiable bill may be payable either to order or to bearer.

(3) A bill is payable to bearer that is expressed to be so payable, or on which the only or last endorsement is an endorsement in blank.

(4) Where a bill is not payable to bearer, the payee must be named or otherwise indicated therein with reasonable certainty.

(5) Where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer.

39. (1) As between immediate parties and as regards a remote party, other than a holder in due course, the delivery of a bill

(a) in order to be effectual must be made either by or under the authority of the party drawing, accepting or endorsing, as the case may be. . . .

(2) Where the bill is in the hands of a holder in due course, a valid delivery of the bill by all parties prior to him, so as to make them liable to him, is conclusively presumed.

48. (1) Subject to this Act, where a signature on a bill is forged, or placed thereon without the authority of the person whose signature it purports to be, the forged or unauthorized signature is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or

II. Les dispositions législatives pertinentes*Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), ch. B-4

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

«détenteur» Soit le preneur ou l'endossataire d'une lettre ou d'un billet qui en a la possession, soit le porteur de ces effets.

«endossement» ou «endos» Endossement complété par livraison.

«livraison» Transfert de possession réelle ou présumée d'une personne à une autre.

«porteur» La personne en possession d'une lettre ou d'un billet payable au porteur.

20. . . .

(2) Une lettre négociable peut être payable à ordre ou au porteur.

(3) La lettre est payable au porteur lorsqu'elle comporte une clause à cet effet ou lorsque l'unique ou le dernier endossement est un endossement en blanc.

(4) La lettre qui n'est pas payable au porteur porte le nom du preneur ou une désignation suffisamment précise de celui-ci.

(5) La lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur.

39. (1) Entre les parties immédiates et en ce qui concerne toute autre partie qui n'est pas détenteur régulier:

a) la livraison doit, pour produire son effet, être faite par le tireur, l'accepteur ou l'endosseur, selon le cas, ou avec leur autorisation. . .

(2) Le fait que la lettre soit entre les mains d'un détenteur régulier est la présomption irréfragable qu'une livraison valable de l'effet a été effectuée par toutes les parties antérieures de façon à les obliger envers lui.

48. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute signature contrefaite, ou apposée sans l'autorisation du présumé signataire, n'a aucun effet et ne confère pas le droit de garder la lettre, d'en donner libération ni d'obliger une partie à celle-ci à en effectuer

to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature, unless the party against whom it is sought to retain or enforce payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority.

49. (1) Where a bill bearing a forged or an unauthorized endorsement is paid in good faith and in the ordinary course of business by or on behalf of the drawee or acceptor, the person by whom or on whose behalf the payment is made has the right to recover the amount paid from the person to whom it was paid or from any endorser who has endorsed the bill subsequent to the forged or unauthorized endorsement if notice of the endorsement being a forged or an unauthorized endorsement is given to each such subsequent endorser within the time and in the manner mentioned in this section.

55. (1) A holder in due course is a holder who has taken a bill, complete and regular on the face of it, under the following conditions, namely,

(a) that he became the holder of it before it was overdue and without notice that it had been previously dishonoured, if such was the fact; and

(b) that he took the bill in good faith and for value, and that at the time the bill was negotiated to him he had no notice of any defect in the title of the person who negotiated it.

59. (1) A bill is negotiated when it is transferred from one person to another in such a manner as to constitute the transferee the holder of the bill.

(2) A bill payable to bearer is negotiated by delivery.

(3) A bill payable to order is negotiated by the endorsement of the holder.

73. The rights and powers of the holder of a bill are as follows:

(a) he may sue on the bill in his own name;

(b) where he is a holder in due course, he holds the bill free from any defect of title of prior parties, as well as from mere personal defences available to prior parties among themselves, and may enforce payment against all parties liable on the bill;

(c) where his title is defective, if he negotiates the bill to a holder in due course, that holder obtains a good and complete title to the bill; and

le paiement, sauf dans les cas où la partie visée n'est pas admise à établir le faux ou l'absence d'autorisation.

49. (1) Le tiré ou l'accepteur qui paye, ou au nom de qui est payée, de bonne foi et selon l'usage commercial normal, une lettre portant un endossement irrégulier — faux ou non autorisé — a le droit de recouvrer la somme ainsi payée de la personne à qui elle l'a été ou de l'auteur d'un endossement postérieur à l'endossement irrégulier, si chaque endosseur subséquent est avisé de l'irrégularité en cause dans le délai et de la manière prévus au présent article.

55. (1) Est un détenteur régulier celui qui a pris une lettre, manifestement complète et régulière, dans les conditions suivantes:

a) il en est devenu détenteur avant son échéance et sans avoir été avisé d'un refus d'acceptation ou de paiement;

b) il a pris la lettre de bonne foi et à titre onéreux et, à la date de la négociation, n'avait été avisé d'aucun vice affectant le titre du cédant.

59. (1) Il y a négociation quand le transfert de la lettre constitue le cessionnaire en détenteur de la lettre.

(2) La lettre payable au porteur se négocie par livraison.

(3) La lettre payable à ordre se négocie par endossement du détenteur.

73. Les droits et pouvoirs du détenteur d'une lettre sont les suivants:

a) il peut intenter en son propre nom une action fondée sur la lettre;

b) le détenteur régulier détient la lettre libérée de tout vice de titre des parties qui le précèdent ainsi que des défenses personnelles que pouvaient faire valoir les parties antérieures entre elles; il peut exiger le paiement de toutes les parties obligées par la lettre;

c) le détenteur dont le titre est défectueux qui négocie la lettre à un détenteur régulier confère à celui-ci un titre valable et parfait sur la lettre;

(d) where his title is defective, if he obtains payment of the bill, the person who pays him in due course gets a valid discharge for the bill.

165. . . .

(3) Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

III. Judgments Appealed From

A. *British Columbia Supreme Court* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197

Macdonald J. first examined ss. 48(1), 48(3) and 49 of the *Bills of Exchange Act*. He noted that all the cheques involved in this case had been properly issued, as they had all been signed either by Alm or by Mange, both of whom were authorized signing officers.

After considering the claim against the Royal Bank (not in issue in the instant appeal), Macdonald J. turned to the claims against the CIBC. The appellants claimed in negligence, conversion, and under the provisions of the Act itself. The negligence claim was dismissed, Macdonald J. finding that the CIBC owed no duty of care to the appellants. He also stated that the negligent failure of the appellants to detect Alm's fraudulent conduct far outweighed any negligent conduct on the respondent's part.

Macdonald J. found the respondent to be *prima facie* liable for conversion. Accordingly, he considered whether any of the following defences raised by the respondent could defeat the conversion claim: (a) the "worthless paper" defence; (b) the s. 165(3) defence; (c) the "fictitious payee" defence; and (d) the "inadequate notice" defence.

With respect to the worthless paper defence, the trial judge noted that where the signature of the

d) la personne qui paie en temps voulu la lettre au détenteur dont le titre est défectueux est valablement libérée.

165. . . .

(3) Lorsqu'un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d'une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197

Le juge Macdonald a commencé par examiner les par. 48(1) et 48(3) ainsi que l'art. 49 de la *Loi sur les lettres de change*. Il a fait remarquer que tous les chèques en cause avaient été régulièrement émis puisqu'ils avaient tous été signés par Alm ou Mange, tous deux signataires autorisés.

Après avoir examiné la réclamation contre la Banque Royale (qui n'est pas en cause en l'espèce), le juge Macdonald a examiné celles contre la CIBC. Les appelantes ont fondé leur réclamation sur la négligence, le détournement et les dispositions de la Loi elle-même. La réclamation fondée sur la négligence a été rejetée, le juge Macdonald concluant que la CIBC n'avait aucune obligation de diligence envers les appelantes. Il a aussi affirmé que l'omission négligente des appelantes de déceler la conduite frauduleuse de Alm l'emportait de beaucoup sur toute conduite négligente de la part de l'intimée.

Le juge Macdonald a conclu que l'intimée était coupable à première vue de détournement. Il a donc examiné si l'un des moyens de défense suivants, opposés par l'intimée, pouvait faire échouer la réclamation fondée sur le détournement: a) le moyen de défense fondé sur l'«effet sans valeur», b) le moyen de défense fondé sur le par. 165(3), c) le moyen de défense fondé sur le «preneur fictif», et d) le moyen de défense fondé sur l'«avis insuffisant».

En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur l'effet sans valeur, le juge de première instance

13

14

15

16

maker of the cheque is forged, the cheques are "worthless", and incapable of conversion. However, in this case, Donna Alm and Boris Mange were authorized signing officers. Accordingly, the cheques in question were not worthless paper.

a affirmé qu'un chèque est «sans valeur» et non susceptible de détournement lorsque la signature de son auteur est contrefaite. En l'espèce, cependant, Donna Alm et Boris Mange étaient des signataires autorisés. En conséquence, les chèques en question n'étaient pas des effets sans valeur.

17 With respect to the second defence, s. 165(3), Macdonald J. concluded as follows (at p. 207):

Where the endorsement is forged, or where the collecting bank neglects to require an endorsement by the payee and its own customer, that result would completely negate the effect of s. 48 of the Act. I accept the response of the [appellants] that "delivery" in s. 165(3) in these circumstances requires the authority of the drawer under s. 39(1)(a) of the Act, and that Donna Alm had no such authority. I reject the submission of C.I.B.C. that her authority to sign cheques on behalf of the [appellants] carried with it the authority to deliver the same. In my view, any such authority to deliver is limited to cheques properly drawn payable to creditors of the [appellants].

With regard to those cheques with forged endorsements, there can be no argument that Donna Alm had any authority from the named payees.

I reject the defence to conversion based on s. 165(3).

En ce qui concerne le second moyen de défense, fondé sur le par. 165(3), le juge Macdonald arrive à la conclusion suivante (à la p. 207):

[TRADUCTION] L'endossement falsifié ou l'omission de la banque d'encaissement d'exiger un endossement du preneur et de son propre client rendraient complètement sans effet l'art. 48 de la Loi. J'accepte la réponse des [appelantes] que, dans ces circonstances, la «livraison» visée au par. 165(3) exige l'autorisation du tireur en vertu de l'al. 39(1)(a) de la Loi et que Donna Alm n'avait pas cette autorisation. Je rejette l'argument de la C.I.B.C. que son autorisation de signer des chèques pour le compte des [appelantes] comportait celle de les livrer. À mon avis, cette autorisation de livrer ne vise que les chèques régulièrement payables à des créanciers des [appelantes].

En ce qui concerne les chèques avec endossements falsifiés, on ne saurait soutenir que Donna Alm avait l'autorisation des preneurs nommés.

Je rejette le moyen de défense fondé sur le par. 165(3), qui a été opposé au détournement.

18 As a third defence, the CIBC submitted that the cheques in question had been made out to "fictitious payees", within the meaning of s. 20(5) of the Act. Accordingly, the respondent would be able to treat the cheques as payable to bearer, rather than payable to order, and negotiation of the cheques would not require endorsement, but only delivery. Macdonald J. found a complete answer to this issue in *Number 10 Management Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1976), 69 D.L.R. (3d) 99, at p. 102, wherein the Manitoba Court of Appeal found that a collecting bank guarantees the endorsement of all properly issued bills of exchange, and that where the bank pays out money on a forged endorsement, the bank will be liable. Macdonald J. found this approach to be consistent with the scheme of the Act. He stated that as the drawer of a cheque owes no duty to its own bank to verify monthly statements, in the absence of a

Comme troisième moyen de défense, la CIBC a soutenu que les chèques en question avaient été émis au nom de «preneurs fictifs» au sens du par. 20(5) de la Loi. En conséquence, l'intimée pourrait considérer que les chèques sont payables au porteur plutôt que payables à ordre, et leur négociation ne nécessiterait pas l'endossement, mais seulement la livraison. Le juge Macdonald a trouvé une réponse exhaustive à cette question dans l'arrêt *Number 10 Management Ltd. c. Royal Bank of Canada* (1976), 69 D.L.R. (3d) 99, à la p. 102, dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a conclu qu'une banque d'encaissement garantit l'endossement de toutes les lettres de change régulièrement émises et que sa responsabilité sera engagée si elle verse de l'argent sur la foi d'un endossement falsifié. Le juge Macdonald a conclu que ce point de vue était compatible avec l'économie de la Loi. Il a affirmé que, puisque le tireur d'un chèque n'a

verification agreement, then it certainly cannot owe any such duty to a collecting bank. He also noted that under s. 48(1) of the Act, a forged endorsement is wholly inoperative and gives no right either to retain the bill or enforce payment thereof. Macdonald J. agreed with the appellants that the fictitious payee defence is largely irrelevant to an action against a collecting bank for conversion, because in his view (at p. 208):

... a bearer cheque can be converted by a person not authorized to deliver it. Where the C.I.B.C. can be regarded as an agent for its dishonest customer to collect, as would appear to be the case under its practice set out in the Agreed Statement of Facts, it is responsible to the drawer for her conversion.

He concluded that, even if the cheques in question were payable to “fictitious persons” within the meaning of s. 20(5), and the CIBC was entitled to treat them as bearer cheques, the cheques were not “delivered” or “negotiated” and the CIBC did not acquire title to them. Accordingly, the CIBC had no right to obtain payment for the cheques from the appellants’ bank accounts.

With respect to the last defence raised, Macdonald J. was of the view that notice had been provided within a reasonable time in this case.

The trial judge ultimately concluded that it was on the third ground advanced by the appellants that the claim should succeed, that is, under s. 49(1) of the Act. Under this section, where a cheque bearing a forged endorsement is paid, there is a right of recovery against any subsequent endorser. In his view, this section makes the CIBC “the guarantor of the validity of the payee’s endorsement on the cheques in issue here” (p. 208), as stated in *Number 10 Management*. As for the cheques that were not endorsed, the trial judge stated that they had not been delivered within the meaning of s. 59(2). He also noted that the situation between the plain-

envers sa propre banque aucune obligation de vérifier ses relevés mensuels, en l’absence d’un accord de vérification, il ne peut sûrement pas avoir une telle obligation envers une banque d’encaissement. Il a également souligné qu’en vertu du par. 48(1) de la Loi un endossement falsifié n’a aucun effet et ne confère pas le droit de garder la lettre ou d’obliger une partie à celle-ci à en effectuer le paiement. Le juge Macdonald était d’accord avec les appelantes pour dire que le moyen de défense fondé sur le preneur fictif est en grande partie non pertinent à l’égard d’une action pour détournement intentée contre une banque d’encaissement parce que, selon lui (à la p. 208):

[TRADUCTION]... un chèque au porteur peut être détourné par une personne non autorisée à en faire la livraison. Dans le cas où la C.I.B.C. peut être considérée comme un mandataire de sa cliente malhonnête, comme cela paraîtrait être le cas selon sa pratique exposée dans l’exposé conjoint des faits, elle est responsable envers le tireur du détournement commis par sa cliente.

Il a conclu que, même si les chèques étaient payables à des «personnes fictives» au sens du par. 20(5) et même si la CIBC avait le droit de les considérer comme des chèques au porteur, la CIBC n’en avait pas acquis le titre et qu’ils n’avaient été ni «livrés» ni «négociés». En conséquence, la CIBC n’avait pas le droit d’obtenir paiement de ces chèques sur les comptes bancaires des appelantes.

Quand au dernier moyen de défense invoqué, le juge Macdonald estimait que l’avis avait été donné à l’intérieur d’un délai raisonnable en l’espèce.

Le juge de première instance a finalement conclu que c’était en fonction du troisième moyen soulevé par les appelantes, celui fondé sur le par. 49(1) de la Loi, que la réclamation devait réussir. Aux termes de cette disposition, lorsqu’un chèque portant un endossement falsifié est payé, il existe un droit de recouvrement auprès de tout endosseur subséquent. À son avis, cette disposition rend la CIBC [TRADUCTION] «garante de la validité de l’endossement que les preneurs ont apposé sur les chèques ici en cause» (p. 208), tel que déclaré dans l’arrêt *Number 10 Management*. Quand aux chèques non endossés, le juge de première instance

19

20

tiff and a collecting bank should be different from the situation between the plaintiff and its own bank (at pp. 208-9):

The drawee bank is entitled to rely upon a person whom the drawer has authorized to conduct banking business on its behalf. There is no such connection between the drawer and the collecting bank, which is dependent upon its own customer for protection.

The system requires the collecting bank to verify the endorsement ahead of its own, and it must rely on its own customer in that regard by ensuring that sufficient funds remain in the customer's account until the cheque has cleared or count on that customer to cover any cheque not honoured by the drawee bank.

For these reasons, the CIBC's negligence in failing to obtain an endorsement on the "Lam" cheques was a bar to the CIBC's reliance upon any estoppel arising from the negligence of the appellants.

²¹ The trial judge ordered judgment against the Royal Bank for \$5,390.12, and judgment against the CIBC for the whole of the \$91,289.54 claimed.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201

1. Southin J.A. (for the majority)

²² Southin J.A. emphasized the following four facts, which in her view were critical to the resolution of the appeal: (1) the cheques involved were the drawers' cheques, rather than forgeries thereof; (2) Alm, the signatory of the 146 cheques, intended both to validate the cheques for the bank upon which they were drawn and to receive the proceeds; (3) Mange, the signatory of the nine cheques, intended to validate them for the Royal Bank, but did not intend that anyone other than the named payee should receive the proceeds; and (4), of the 155 cheques, 107 were collected by the CIBC, although they were payable to a third party and had not been endorsed.

a affirmé qu'ils n'avaient pas été livrés au sens du par. 59(2). Il a également souligné que la situation entre le demandeur et une banque d'encaissement devait être différente de celle qui existe entre le demandeur et sa propre banque (aux pp. 208 et 209):

[TRADUCTION] La banque tirée a le droit de se fier à une personne que le tireur a autorisée à faire des opérations bancaires en son nom. Il n'existe aucun lien de la sorte entre le tireur et la banque d'encaissement, dont la protection dépend de son propre client.

Le système exige que la banque d'encaissement vérifie l'endossement qui précède le sien, et elle doit, à cet égard, se fier à son propre client en s'assurant que celui-ci a, dans son compte, suffisamment de fonds jusqu'à ce que le chèque soit compensé, ou encore compter sur ce client pour couvrir tout chèque refusé par la banque tirée.

Pour ces motifs, la négligence dont la CIBC a fait preuve, en n'obtenant pas un endossement sur les chèques tirés au nom de «Lam», l'empêchait de se fier sur une fin de non-recevoir résultant de la négligence des appelantes.

Le juge de première instance a ordonné à la Banque Royale de payer la somme de 5 390,12 \$, et à la CIBC de payer la totalité des 91 289,54 \$ réclamés.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201

1. Le juge Southin (au nom de la majorité)

Le juge Southin a fait ressortir les quatre faits suivants qui, à son avis, étaient essentiels au règlement de l'appel: (1) les chèques en cause étaient les chèques des tireurs et non des faux, (2) Alm, la signataire des 146 chèques, avait l'intention de valider les chèques pour la banque sur laquelle ils avaient été tirés et d'en toucher le montant, (3) Mange, le signataire des neuf chèques, avait l'intention de les valider pour la Banque Royale, mais ne voulait pas qu'une personne autre que le preneur nommé en touche le montant, et (4) des 155 chèques, 107 avaient été encaissés par la CIBC, même s'ils étaient payables à une tierce partie et n'avaient pas été endossés.

Southin J.A. concluded that the crux of the action in conversion was that the recipient of the proceeds, Donna Alm, was not the person intended to receive the funds. In this regard, it was important to determine whether it was the company's or the signatory's intention that was of relevance. Southin J.A. concluded that Alm, an authorized signing agent, had the power to bind her principal, and accordingly, it was Alm's intention that should prevail. Consequently, Southin J.A. was of the view that the action in relation to the 146 cheques that Alm had signed could not succeed, as there had been no misdirection of these cheques; Alm intended all along that they be directed to herself. The action in conversion could only succeed with respect to the nine cheques that Mange had signed, as they had truly been diverted from their intended recipient.

With respect to the application of s. 20(5) to the nine cheques signed by Mange, Southin J.A. noted that whether someone is "fictitious or non-existing" within the meaning of s. 20(5) of the Act must "depend on the intention of the drawer of the cheque, not the intention of the person who fills in the cheque" (p. 217). The intention of the drawer in this case, that is, the appellants, was that the payees receive payment. Accordingly, the payees were not fictitious persons, and the cheques could not be treated as payable to bearer.

Southin J.A. rejected the s. 165(3) defence raised by the CIBC. She stated that she was not "persuaded that Parliament intended, by s. 165(3), to give a bank an independent title to a cheque payable to A and intended by the drawer to be paid to A which was deposited to the account of B without any endorsement by A or with an endorsement by A which is forged" (p. 218). Accordingly, Southin J.A. held that the appellants were entitled to recover from the CIBC on the nine cheques signed by Mange. The award given at trial was reduced to the amount of the nine cheques.

Le juge Southin a conclu que le fait que Donna Alm, la personne qui a touché le montant des chèques, n'était pas celle à qui les fonds étaient destinés était au cœur de l'action pour détournement. À cet égard, il était important de déterminer si c'était l'intention de la compagnie ou celle de la signataire qui était pertinente. Le juge Southin a conclu que Alm, signataire autorisée, avait le pouvoir de lier son mandant et, par conséquent, que c'était l'intention de Alm qui devait prévaloir. Le juge Southin était donc d'avis que l'action relative aux 146 chèques que Alm avait signés ne pouvait réussir puisqu'il n'y avait pas eu de mauvaise utilisation de ces chèques, Alm ayant toujours voulu en bénéficier. L'action pour détournement ne pouvait réussir que relativement aux neuf chèques que Mange avait signés puisqu'ils avaient été véritablement détournés du bénéficiaire auquel ils étaient destinés.

En ce qui concerne l'application du par. 20(5) aux neuf chèques signés par Mange, le juge Southin a précisé que la réponse à la question de savoir si une personne est «une personne fictive ou qui n'existe pas» au sens du par. 20(5) de la Loi doit [TRADUCTION] «dépendre de l'intention du tireur du chèque et non de celle de la personne qui le rédige» (p. 217). L'intention du tireur en l'espèce, les appelantes, était que les preneurs reçoivent paiement. En conséquence, les preneurs n'étaient pas des personnes fictives et les chèques ne pouvaient pas être considérés comme payables au porteur.

Le juge Southin a rejeté le moyen de défense de la CIBC, fondé sur le par. 165(3). Elle a affirmé qu'elle n'était pas [TRADUCTION] «convaincue que le Parlement voulait, lorsqu'il a adopté le par. 165(3), conférer à la banque un titre indépendant sur un chèque payable à A, que le tireur voulait payer à A, qui a été déposé dans le compte de B sans endossement de A ou avec endossement falsifié de A» (p. 218). En conséquence, le juge Southin a conclu que les appelantes avaient le droit de recouvrer auprès de la CIBC le montant des neuf chèques signés par Mange. Le montant accordé au procès a été ramené à celui des neuf chèques.

23

24

25

2. Hutcheon J.A. (dissenting in part)2. Le juge Hutcheon (dissident en partie)

26

Hutcheon J.A. agreed with Southin J.A.'s disposition, "save as to 103 of the 107 cheques on which there was no signature purporting to be an endorsement of the payee" (p. 220). In his view, the cheques accepted by the CIBC without any endorsement were patently irregular on their face. He stated that in order for the provisions of s. 20(5) to be of application, the person claiming to enforce payment of the cheque must be its lawful holder. A holder, pursuant to s. 2 of the Act, is "the payee or endorsee of a bill or note . . . or the bearer thereof", and a bearer is a "person in possession of a bill or note that is payable to bearer". He concluded as follows (at p. 222):

The Bank was neither the payee nor the endorsee of the cheques in question. Nor was it the person in possession of a cheque that was payable to bearer. All that s. 20(5) provides is that the cheque "may be treated as payable to bearer". On a strict construction of s. 20(5) that is different from a provision that the cheque is payable to bearer. No policy reason exists for extending s. 20(5) beyond its express letter to protect a collecting bank that received and paid the unendorsed cheques contrary to its own internal rules.

For these reasons, s. 20(5) cannot be invoked by the Bank to set up the defence to the claim of conversion that the Bank was justified in ignoring the existence of a named payee on the face of the cheques. With respect I do not think that it is any answer to say that if the Bank had not been internally careless Alm would simply have endorsed the cheques. I do not know what she would have done if she had been challenged.

I would therefore allow the appeal by varying the amount of the judgment to the amount of the nine cheques dealt with by Madam Justice Southin and of the 103 cheques dealt with in these reasons.

Le juge Hutcheon a souscrit au dispositif du juge Southin [TRADUCTION] «sauf en ce qui concerne 103 des 107 chèques sur lesquels n'avait été apposée aucune signature censée être un endossement du preneur» (p. 220). À son avis, les chèques acceptés par la CIBC sans aucun endossement étaient manifestement irréguliers à première vue. Il a affirmé que la personne réclamant l'exécution du paiement du chèque doit en être le détenteur légitime pour que s'applique le par. 20(5). Suivant l'art. 2 de la Loi, le détenteur est «[s]oit le preneur ou l'endossataire d'une lettre ou d'un billet [. . .], soit le porteur de ces effets», et le porteur est «[l]a personne en possession d'une lettre ou d'un billet payable au porteur». Le juge Hutcheon conclut ceci (à la p. 222):

[TRADUCTION] La banque n'était ni le preneur ni l'endossataire des chèques en question. Elle n'était pas non plus la personne en possession d'un chèque payable au porteur. Le paragraphe 20(5) prévoit seulement que le chèque «peut être considér[é] comme payable au porteur». Suivant une interprétation stricte du par. 20(5), cela est différent d'une disposition voulant que le chèque soit payable au porteur. Il n'existe, en principe, aucune raison d'élargir la portée du par. 20(5) au-delà de ses termes explicites de façon à protéger une banque d'encaissement qui a reçu et payé des chèques non endossés contrairement à ses propres règles internes.

Pour ces motifs, la banque ne saurait invoquer le par. 20(5) pour opposer à l'action pour détournement le moyen de défense selon lequel elle était justifiée d'ignorer l'existence d'un preneur dont le nom figurait sur les chèques. En toute déférence, je ne crois pas que l'on puisse répondre que Alm aurait tout simplement endossé les chèques si la banque n'avait pas été négligente dans l'application de sa procédure interne. Je ne sais pas ce que Alm aurait fait si l'on avait contesté ses actes.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de modifier le montant du jugement pour l'établir à celui des neuf chèques examinés par Madame le juge Southin ainsi qu'à celui des 103 chèques dont il est question dans les présents motifs.

IV. IssuesA. *On Appeal*

1. Were the cheques in question made payable to fictitious or non-existing persons?
2. Were the cheques in question "delivered" to the CIBC?
3. Was the CIBC, as a "collecting" bank, *prima facie* liable to the appellants in conversion so that the cheques in question had to be properly negotiated to the CIBC in order for the CIBC to obtain title to those cheques and thereby escape liability?
4. Is the defence of contributory negligence available to the respondent?

B. *On Cross-Appeal*

1. What is the proper interpretation of s. 165(3), and in particular:
 - (a) Must the cheque be deposited to the credit of its payee for the subsection to apply?
 - (b) Must the cheque be endorsed before the bank can credit the person with the amount of the cheque?
 - (c) Must the cheque be delivered with the authority of the drawer or endorser, or does simply handing it to the bank teller for deposit suffice?

V. Analysis

I have found it helpful to consider this appeal in terms of three broad issues, as follows: the doctrine of conversion with respect to cheques; s. 20(5) as a defence to an action in conversion; and s. 165(3) as a defence to an action in conversion.

A. *Conversion in relation to cheques*

It is a commonly accepted proposition that a bill of exchange is a chattel that can be negotiated from party to party. An individual obtains title to a bill through negotiation. Once an individual has

IV. Les questions en litigeA. *Le pourvoi*

1. Les chèques en question étaient-ils payables à des personnes fictives ou qui n'existaient pas?
2. Les chèques en question ont-ils été «livrés» à la CIBC?
3. La CIBC était-elle, en tant que banque «d'encaissement», responsable à première vue de détournement envers les appelantes, de sorte que les chèques en question devaient être régulièrement négociés à la CIBC pour que celle-ci obtienne le titre sur ces chèques et se dégage ainsi de toute responsabilité?
4. L'intimée peut-elle invoquer la négligence contributive comme moyen de défense?

B. *Le pourvoi incident*

1. Comment faut-il interpréter le par. 165(3)? Et notamment:
 - a) Le chèque doit-il être porté au crédit de son preneur pour que s'applique ce paragraphe?
 - b) Le chèque doit-il être endossé pour que la banque puisse en porter le montant au crédit de la personne en question?
 - c) Le chèque doit-il être livré avec l'autorisation du tireur ou de l'endosseur, ou suffit-il simplement qu'il soit remis au caissier ou à la caissière pour dépôt?

V. Analyse

J'ai jugé utile d'examiner le présent pourvoi en fonction de trois grandes questions: la règle du détournement relatif à des chèques, le par. 20(5) comme moyen de défense à une action pour détournement, et le par. 165(3) comme moyen de défense à une action pour détournement.

A. *Le détournement relatif à des chèques*

Il est généralement accepté qu'une lettre de change est un bien qui peut être négocié d'une partie à une autre. Une personne obtient le titre sur une lettre par négociation. Une fois qu'elle a

27

28

29

30

obtained title, that individual has the right to present the bill to the drawee for payment, as well as a right of recovery against the drawer if the bill is dishonoured by the drawee.

31 The tort of conversion involves a wrongful interference with the goods of another, such as taking, using or destroying these goods in a manner inconsistent with the owner's right of possession. The tort is one of strict liability, and accordingly, it is no defence that the wrongful act was committed in all innocence. Diplock L.J. asserted this principle in *Marfani & Co. v. Midland Bank, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 573, at pp. 577-78:

... the moral concept of fault in the sense of either knowledge by the doer of an act that is likely to cause injury, loss or damage to another, or lack of reasonable care to avoid causing injury, loss or damage to another, plays no part.

... .

If the customer is not entitled to the cheque which he delivers to his banker for collection, the banker, however, innocent and careful he might have been, would at common law be liable to the true owner of the cheque for the amount of which he receives payment, either as damages for conversion or under the cognate cause of action, based historically on *assumpsit*, for money had and received.

32 The fact that liability for the tort of conversion is strict suggests that the respondent's submission that the appellants were contributorily negligent must fail. The matter was raised before the Court of Appeal, and was dismissed without reasons. While this argument would be available in an action for negligence, the notion of strict liability involved in an action for conversion is *prima facie* antithetical to the concept of contributory negligence.

33 It is true that the comments of Professor Ogilvie in *Canadian Banking Law* (1991), at pp. 593-94,

obtenu ce titre, la personne a le droit de présenter la lettre au tiré pour paiement, ainsi que celui de recouvrer cette somme auprès du tireur si la lettre est refusée par le tiré.

Le délit de détournement comporte une ingérence illégitime dans les objets appartenant à autrui, comme le fait de prendre, utiliser ou détruire ces objets d'une façon incompatible avec le droit de possession de leur propriétaire. Ce délit est de responsabilité stricte et l'on ne peut donc opposer, comme moyen de défense, que l'acte illégitime a été accompli en toute innocence. Le lord juge Diplock a invoqué ce principe dans l'arrêt *Marfani & Co. c. Midland Bank, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 573, aux pp. 577 et 578:

[TRADUCTION] . . . que ce soit dans le sens de la connaissance par l'auteur d'un acte que cet acte est susceptible de causer un préjudice, une perte ou un dommage à autrui, ou dans le sens de l'omission de faire preuve de diligence raisonnable pour éviter de causer un préjudice, une perte ou un dommage à autrui, le concept moral de la faute ne joue aucun rôle.

... .

Si le client n'a pas droit au chèque qu'il livre à son banquier pour encaissement, ce banquier, peu importe l'innocence ou la prudence dont il peut avoir fait preuve, serait en common law responsable envers le véritable propriétaire du chèque du montant dont il reçoit paiement, que ce soit sous forme de dommages-intérêts pour détournement ou, en vertu de la cause d'action apparentée, historiquement fondée sur l'*assumpsit*, de l'enrichissement sans cause.

Le fait que le délit de détournement soit une infraction de responsabilité stricte laisse entendre que l'argument de l'intimée, voulant que les appelantes aient fait preuve de négligence contributive, doit échouer. Cette question a été soulevée devant la Cour d'appel et a été rejetée sans motif à l'appui. Même si cet argument pourrait être avancé dans une action pour négligence, la notion de responsabilité stricte dont il est question dans une action pour détournement est, à première vue, contraire au concept de négligence contributive.

Il est vrai que les commentaires de la professeure Ogilvie, dans *Canadian Banking Law*

provide some support for the respondent's position:

Contributory negligence would require courts to apportion liability in accordance with negligence as between the true owner and the bank in cases of conversion. The availability of contributory negligence as a defence in an action for conversion was originally doubtful because the defence was at first only thought to be available in actions for negligence. But in a 1950 decision from New Zealand, the defence was permitted where conversion was found [*Helson v. McKensies (Cuba Street) Ltd.*, [1950] N.Z.L.R. 878 (C.A.)], and this approach was adopted in *Lumsden & Co. v. London Trustee Savings Bank* [[1971] 1 Lloyd's Rep. 114 (Ch. D.)]. See also: *Southrada v. Bank of New South Wales*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 444 (P.C.) by Donaldson J. who held that damages may be received where the plaintiff was also negligent.

... This decision has been doubted in Australia on the ground that the defence of contributory negligence is only available under the Act in situations where it could have been pleaded as a defence at common law, or in negligence cases only. In England, any doubts about the availability of contributory negligence as a defence were removed by section 47 of the Banking Act, 1979, which is one of the few sections of that Act still in force. In Canada, however, the situation is unknown. Most provinces have similar contributory negligence legislation to that in England and Australia, but there would appear to be no case law to date considering such a defence in an action against a collecting bank in conversion.

It is arguable that the defence of contributory negligence should be available. In most situations in which conversion occurs in relation to cheques, there are varying degrees of innocence and carelessness on both sides. It is more equitable to apportion liability in accordance with the actual facts as found by a court, than to expect banks to be the insurers of the "true owner" of a cheque whose carelessness has contributed to the conversion. As total insurers, banks would simply pass the costs on to all its customers, who played no role in the conversion whatsoever.

(1991), aux pp. 593 et 594, appuient dans une certaine mesure le point de vue de l'intimée:

[TRADUCTION] Dans les affaires de détournement, la négligence contributive exigerait que les tribunaux répartissent la responsabilité suivant la négligence entre le véritable propriétaire et la banque. La possibilité d'opposer la négligence contributive comme moyen de défense dans une action pour détournement était douteuse à l'origine parce que l'on croyait alors que ce moyen ne pouvait être invoqué que dans des actions pour négligence. Cependant, dans une décision rendue en 1950, en Nouvelle-Zélande, le moyen de défense a été autorisé lorsqu'on a conclu à l'existence d'un détournement [*Helson c. McKensies (Cuba Street) Ltd.*, [1950] N.Z.L.R. 878 (C.A.)], et ce point de vue a été adopté dans *Lumsden & Co. c. London Trustee Savings Bank* [[1971] 1 Lloyd's Rep. 114 (Ch. D.)]. Voir aussi: *Southrada c. Bank of New South Wales*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 444 (C.P.)] par le juge Donaldson qui a statué que des dommages-intérêts peuvent être touchés lorsque le demandeur a aussi fait preuve de négligence.

... Cette décision a été mise en doute en Australie pour le motif que la Loi n'autorise le recours au moyen de défense fondé sur la négligence contributive que dans les cas où il aurait pu être invoqué en vertu de la common law, ou encore dans les cas de négligence seulement. En Angleterre, l'article 47 de la Banking Act, 1979, qui est l'un des rares articles de cette loi qui soient encore en vigueur, a dissipé tout doute relativement à la possibilité d'invoquer la négligence contributive comme moyen de défense. Cependant, au Canada, la situation est inconnue. La plupart des provinces ont des lois semblables à l'Angleterre et à l'Australie en matière de négligence contributive, mais jusqu'à ce jour, il ne semblerait pas y avoir eu de jurisprudence dans laquelle on a examiné ce moyen de défense dans le cadre d'une action pour détournement intentée contre une banque d'encaissement.

On peut soutenir qu'il devrait être possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la négligence contributive. Dans la plupart des cas où il y a détournement relatif à des chèques, il existe divers degrés d'innocence et d'imprudence de part et d'autre. Il est plus équitable de répartir la responsabilité conformément aux conclusions de fait d'un tribunal que de s'attendre à ce que les banques soient les assureurs du «véritable propriétaire» d'un chèque, dont l'imprudence a contribué au détournement. En tant qu'assureurs de la totalité des pertes, les banques feraient simplement assumer les coûts par l'ensemble de leurs clients qui n'ont joué aucun rôle dans le détournement.

See also Professor Ogilvie's case comment, "Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*" (1994), 9 *B.F.L.R.* 227, in which she expresses her view that this case should not be decided in reference to the Act, but rather on the common law tort of negligence, and that the courts should impose a duty of account verification on bank customers.

Voir aussi le commentaire d'arrêt de la professeure Ogilvie, intitulé: «Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*» (1994), 9 *B.F.L.R.* 227, dans lequel elle exprime l'opinion que le présent pourvoi devrait être tranché non pas en fonction de la Loi, mais plutôt en fonction du délit de négligence en common law, et que les tribunaux devraient imposer aux clients d'une banque un devoir de vérification de comptes.

34 The respondent argues that it would have been easier for the appellants to detect the fraud than for the respondent: even if the unendorsed third party cheques had been questioned by the respondent, it is submitted that Alm would have forged the endorsements and continued with her scheme. In the respondent's view, the appellants should have at least adopted the "elementary precaution" of having someone else check the bank statements, or requiring a second signature on cheques, or having the books audited.

L'intimée prétend qu'il aurait été plus facile pour les appelantes que pour l'intimée de déceler la fraude: on fait valoir que, même si les chèques non endossés d'une tierce partie avaient été contestés par l'intimée, Alm aurait contrefait les endossements et poursuivi son manège. De l'avis de l'intimée, les appelantes auraient tout au moins dû prendre la «précaution élémentaire» de faire examiner les relevés bancaires par quelqu'un d'autre, d'exiger une deuxième signature sur les chèques ou de faire vérifier les registres.

35 As I stated above, however, it seems as a matter of principle that contributory negligence would not be available in the context of a strict liability tort. If the contributory negligence approach is to be introduced into this area of the law, I would leave that innovation to Parliament because such a change would be more appropriate for the legislative branch to make. As I see it, the strict liability feature of conversion is well engrained in the jurisprudence concerning bills of exchange.

Cependant, comme je l'ai déjà mentionné, il semble en principe que la négligence contributive ne pourrait pas être invoquée dans le contexte d'un délit de responsabilité stricte. S'il faut introduire la notion de négligence contributive dans ce domaine du droit, je laisserais au Parlement le soin de procéder à une telle innovation parce qu'il serait plus approprié que ce soit le législateur qui le fasse. Selon moi, l'aspect «responsabilité stricte» du détournement est bien ancré dans la jurisprudence relative aux lettres de change.

36 The seminal discussion of conversion of cheques is found in Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 2, at p. 1386:

On trouve dans Crawford et Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 2, à la p. 1386, l'analyse fondamentale du détournement de chèques:

Conversion is the remedy of the lawful possessor of chattels to have their value paid to him by a wrongful dispossessor. It is normally applied to goods and there might appear to be some difficulty in holding that a bank that has paid part of what it owes to a customer to some other person not entitled to receive it is guilty of a conversion of the customer's chattel. But any such apparent difficulty has been surmounted by treating the conversion as being of the instrument itself, that is, of the piece of paper in respect of which the payment is

[TRADUCTION] L'action pour détournement est le recours que le possesseur légitime de biens peut exercer pour s'en faire payer la valeur par la personne qui l'en a dépossédé illégalement. Elle s'applique normalement à des objets, et il pourrait paraître quelque peu difficile de conclure qu'une banque, qui a payé une partie de ce qu'elle doit à un client à une autre personne qui n'y a pas droit, est coupable de détournement du bien du client. Cependant, on a surmonté cette difficulté apparente en assimilant le détournement à l'effet lui-même,

made. Similarly a bank that collects a sum of money under an instrument for a person not entitled to it is treated as having converted the instrument. It has been repeatedly held that a bank converts an instrument by dealing with it under the direction of one not authorized, either by collecting it or, *semble* (although this has not yet actually been decided) by paying it and in either case, making the proceeds available to someone other than the person rightfully entitled to possession.

The drawer, the payee or the endorsee can bring an action for conversion of a cheque. To make the claim for damages for conversion, the plaintiff must prove that he or she was either in actual possession or entitled to immediate possession of the chattel. As Rafferty states in "Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers" (1979-1980), 4 *C.B.L.J.* 208, at p. 228, "[t]he conversion action, however, will lie only if the drawer is still the true owner of the cheque. It must not have been issued to the payee" (*Jervis B. Webb Co. v. Bank of Nova Scotia* (1965), 49 D.L.R. (2d) 692 (Ont. H.C.), and see for example *Ontario Woodsworth Memorial Foundation v. Grozbord*, [1969] S.C.R. 622). The defendant's liability extends to the face value of the converted instrument, and is not limited to the value of the instrument as paper and ink (*Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Banque Canadienne Nationale*, [1934] S.C.R. 596).

In this case, it is common ground that the payees of the cheques in question had no right of possession to the cheques, as they were not created in respect of legitimate debts owed to them by the appellants. It is also agreed that Alm had no right to immediate possession of the cheques. However, it remains to be determined whether the respondent may have had a right of possession over and against the appellants; this issue will be canvassed below, in the context of fictitious or non-existing persons under s. 20(5) of the Act.

c'est-à-dire au document sur la foi duquel est effectué le paiement. De même, on considère qu'une banque détourne un effet si, sur la foi de cet effet, elle perçoit une somme d'argent pour le compte d'une personne qui n'y a pas droit. On a conclu, à maintes reprises, qu'une banque détourne un effet si elle le négocie sur l'ordre d'une personne non autorisée, en l'encaissant ou, semble-t-il (quoique cela n'ait pas été encore tranché) en le payant et, dans un cas comme dans l'autre, en remettant le montant à une personne autre que celle qui y a légitimement droit.

Le tireur, le preneur ou l'endossataire peuvent intenter une action pour détournement d'un chèque. Pour établir la réclamation en dommages-intérêts pour détournement, le demandeur doit prouver qu'il était en possession réelle du bien, ou encore qu'il avait droit à sa possession immédiate. Comme l'affirme Rafferty dans «Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers» (1979-80), 4 *C.B.L.J.* 208, à la p. 228, [TRADUCTION] «[c]ependant, l'action pour détournement ne peut être intentée que si le tireur est encore le véritable propriétaire du chèque. Il ne doit pas avoir été émis au preneur» (*Jervis B. Webb Co. c. Bank of Nova Scotia* (1965), 49 D.L.R. (2d) 692 (H.C. Ont.), et voir, par exemple, *Ontario Woodsworth Memorial Foundation c. Grozbord*, [1969] R.C.S. 622). La responsabilité du défendeur s'étend à la valeur nominale de l'effet détourné et n'est pas limitée à la valeur du papier et de l'encre qui le constituent (*Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. c. Banque Canadienne Nationale*, [1934] R.C.S. 596).

En l'espèce, il est reconnu que les preneurs n'avaient pas droit à la possession des chèques en cause, car ces chèques n'avaient pas été rédigés pour payer des dettes légitimes des appelantes envers ces preneurs. Il est également reconnu que Alm n'avait pas droit à la possession immédiate des chèques. Cependant, il reste à déterminer si l'intimée peut avoir eu un droit de possession qui l'emportait sur celui des appelantes et qui leur était opposable; cette question sera examinée plus loin dans le contexte des personnes fictives ou qui n'existent pas au sens du par. 20(5) de la Loi.

37

38

39 The respondent agrees that in this case, it is *prima facie* liable to the drawer for conversion. The trial judge, in finding the respondent liable for conversion, correctly affirmed, in my view, that where a collecting bank pays out on a forged endorsement, the collecting bank will be liable for conversion. The Court of Appeal, by contrast, found that the action in conversion must fail with respect to the 146 cheques signed by Alm, for the reason that Alm had authority to sign the cheques as well as to deliver them. Further, the Court of Appeal found significance in the fact that Alm fully intended to receive the proceeds herself. Accordingly, in the majority's view, the payment was not diverted from its intended recipient.

40 In my view, the Court of Appeal's approach, with respect, misses the point. It is the intention of the drawer, not the signatory of the cheque, that is relevant, as will be discussed in greater detail below. Alm is not the drawer because she cannot be said to be the directing mind of the corporate appellants; she simply had signing authority within limited circumstances. The relevant intention in this case is that of the drawer, the appellant companies. In the absence of Alm's fraud, they would have been liable, not Alm, if the cheques had been validly issued and were subsequently dishonoured by the drawee.

41 The money on deposit in the appellants' Royal Bank accounts was owed to the lawful holder of those accounts, the appellants. Through the CIBC's actions, money owed to the appellants was paid to Alm, who was not entitled to the money. She was not a payee, and none of the cheques was endorsed by any of the named payees. The forged endorsements were "wholly inoperative" pursuant to s. 48 of the Act. The CIBC presented fraudulent cheques for payment to the Royal Bank, and collected the proceeds therefrom. The CIBC then accounted for the proceeds to Ms. Alm, one not "rightfully entitled" to the funds. Thus, the CIBC is *prima facie* liable in conversion to the appel-

L'intimée reconnaît qu'elle est, en l'espèce, responsable à première vue de détournement envers le tireur. En concluant que l'intimée était responsable du détournement, le juge de première instance a, selon moi, confirmé à juste titre que la banque d'encaissement est responsable de détournement si elle fait un paiement sur la foi d'un endossement falsifié. Par contre, la Cour d'appel a conclu que l'action pour détournement doit échouer relativement aux 146 chèques signés par Alm puisque celle-ci était autorisée à signer les chèques et à les livrer. De plus, la Cour d'appel a jugé important le fait que Alm ait parfaitement eu l'intention de toucher personnellement le montant des chèques. En conséquence, de l'avis de la majorité, le paiement n'avait pas été détourné du bénéficiaire auquel il était destiné.

J'estime, en toute déférence, que le point de vue de la Cour d'appel passe à côté de la question. C'est l'intention du tireur et non celle du signataire du chèque qui est pertinente, comme nous le verrons plus en détail ultérieurement. Alm n'est pas le tireur parce que l'on ne peut dire qu'elle est l'âme dirigeante des compagnies appelantes; elle était tout simplement autorisée à signer dans certaines circonstances. En l'espèce, l'intention pertinente est celle du tireur, les compagnies appelantes. Dans le cas où il n'y aurait pas eu fraude de la part de Alm, ce sont les compagnies qui auraient été responsables, et non Alm, si les chèques avaient été émis valablement et subséquemment refusés par le tiré.

Les sommes en dépôt dans les comptes des appelantes à la Banque Royale étaient des sommes dues au détenteur légitime de ces comptes, à savoir les appelantes. Par les actes de la CIBC, des sommes dues aux appelantes ont été payées à Alm qui n'y avait pas droit. Elle n'était pas un preneur et aucun des chèques n'avait été endossé par l'un ou l'autre des preneurs nommés. Les endossements falsifiés n'avaient «aucun effet», conformément à l'art. 48 de la Loi. La CIBC a présenté pour paiement à la Banque Royale des chèques frauduleux et les a encaissés. La CIBC en a ensuite porté le montant au crédit de Alm, une personne qui n'avait pas «légitimement droit» à ces fonds. La

lants. However, it remains to be seen whether the CIBC can avail itself of a defence.

B. Unauthorized signatures and the fictitious payee defence

As noted above, Alm created some 155 cheques payable to a number of persons connected with the appellants. One hundred and seven of the cheques were payable to "J. Lam" or "J. R. Lam", and were accepted for deposit without endorsement. The remaining Lam cheques, and all of the cheques payable to other third parties, bore the forged endorsement of the payee, the forgeries having been perpetrated by Donna Alm.

I note in passing that in this case, we are not within the realm of *Number 10 Management, supra*, where the Manitoba Court of Appeal held that a cheque with a forged signature is not a bill of exchange. In this case, the cheques were signed by authorized signatories, albeit for non-existent obligations, and were bills of exchange.

As Professor Benjamin Geva notes in his commentary, "The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd." (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 418, the general rule with respect to a forged or an unauthorized signature on a bill is contained in s. 48(1) (formerly s. 49(1)) of the Act. Such a signature is "wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature". As Geva states at pp. 418-19, "the effect of this section is to force a bank that has paid a cheque and debited the account of the drawee, based on a forged or unauthorized endorsement, to re-credit the account and to bear the loss".

An exception to this rule is set out in s. 20(5) of the Act, the fictitious payee provision. The section

CIBC est donc responsable à première vue de détournement envers les appelantes. Cependant, il reste à voir si la CIBC dispose d'un moyen de défense.

B. Les signatures non autorisées et le moyen de défense fondé sur le preneur fictif

Comme je l'ai déjà fait remarquer, Alm a rédigé quelque 155 chèques payables à un certain nombre de personnes ayant des liens avec les appelantes. Cent sept de ces chèques étaient payables à «J. Lam» ou à «J. R. Lam», et ont été acceptés pour dépôt sans endossement. Les autres chèques au nom de Lam et tous les chèques payables à d'autres tierces parties portaient l'endossement falsifié du preneur, l'auteur des faux étant Donna Alm.

En passant, je tiens à préciser que la situation, en l'espèce, ne relève pas de l'arrêt *Number 10 Management*, précité, dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a conclu qu'un chèque portant une signature contrefaite n'est pas une lettre de change. En l'espèce, les chèques ont été signés par des signataires autorisés, quoique pour des obligations inexistantes, et constituaient des lettres de change.

Comme le professeur Benjamin Geva l'affirme dans son commentaire intitulé «The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.» (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 418, la règle générale applicable à une signature contrefaite ou non autorisée figurant sur une lettre de change est exposée au par. 48(1) (auparavant 49(1)) de la Loi. Une telle signature «n'a aucun effet et ne confère pas le droit de garder la lettre, d'en donner libération ni d'obliger une partie à celle-ci à en effectuer le paiement». Comme l'affirme Geva, aux pp. 418 et 419, [TRA-DUCTION] «cette disposition a pour effet de contraindre une banque qui a payé un chèque et débité de cette somme le compte du tiré, sur la foi d'un endossement falsifié ou non autorisé, à créditer de nouveau le compte de cette somme et à assumer la perte».

Une exception à cette règle est prévue au par. 20(5) de la Loi, qui traite des preneurs fictifs. Aux

42

43

44

45

provides that, where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer. The significance of a cheque that is payable to bearer, rather than to order, is that it can be negotiated by simple "delivery" to the bank; endorsement is not required. The presence or absence of a legitimate or forged endorsement is irrelevant to a bearer cheque. A bank becomes the lawful holder of a bearer cheque simply through delivery. By contrast, in order for a bank to become the lawful holder of a cheque that is payable to order, not only must the cheque be delivered to effect negotiation, but the cheque must also be endorsed. If the cheques in question were payable to fictitious persons, and could accordingly be treated as bearer cheques, the bank would become a "holder in due course" pursuant to s. 73 of the Act despite the forged endorsements and the missing endorsements; to repeat, negotiation of a bearer cheque is achieved simply by delivery. In this way, an exception to the usual rule of *nemo dat quod non habet* is created. Through the fictitious payee defence, the loss, as Geva states at p. 419, "is thrown upon the drawer". (See also Rafferty, *supra*, at pp. 210-11.)

termes de ce paragraphe, la lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur. Le fait qu'un chèque soit payable au porteur plutôt qu'à ordre signifie qu'il peut être négocié par simple «livraison» à la banque; il n'a pas besoin d'être endossé. Dans le cas d'un chèque au porteur, la présence ou l'absence d'endossement légitime ou falsifié est sans importance. Une banque devient détentrice légitime d'un chèque au porteur par simple livraison. Par contre, pour qu'une banque devienne détentrice légitime d'un chèque payable à ordre, le chèque doit non seulement être livré, mais encore il doit être endossé, pour qu'il y ait négociation. Si les chèques en question étaient payables à des personnes fictives et pouvaient donc être considérés comme des chèques payables au porteur, la banque deviendrait un «détenteur régulier», conformément à l'art. 73 de la Loi, même s'il y avait falsification ou absence d'endossement; je répète que la négociation d'un chèque au porteur se fait par simple livraison. On crée ainsi une exception à la règle habituelle *nemo dat quod non habet*. Par le moyen de défense fondé sur le preneur fictif, la perte, comme l'affirme Geva, à la p. 419, [TRADUCTION] «est reportée sur le tireur». (Voir aussi Rafferty, *loc. cit.*, aux pp. 210 et 211.)

⁴⁶ Falconbridge, in *Banking and Bills of Exchange* (6th ed. 1956), put forward the following four propositions with respect to fictitious payees (at pp. 468-69):

Whether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone's intention. The question whether the payee is fictitious depends upon the intention of the creator of the instrument, that is, the drawer of a bill or cheque or the maker of a note.

In the case of a bill drawn by Adam Bede upon John Alden payable to Martin Chuzzlewit, the payee may or may not be fictitious or non-existing according to the circumstances:

(1) If Martin Chuzzlewit is not the name of any real person known to Bede, but is merely that of a creature of the imagination, the payee is non-existing, and is probably also fictitious.

Dans *Banking and Bills of Exchange* (6^e éd. 1956), Falconbridge formule les quatre propositions qui suivent relativement aux preneurs fictifs (aux pp. 468 et 469):

[TRADUCTION] La question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n'existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l'intention de personne. Celle de savoir si le preneur est une personne fictive dépend de l'intention de l'auteur de l'effet, à savoir le tireur d'une lettre de change ou d'un chèque, ou encore l'auteur d'un billet.

Dans le cas d'une lettre de change dont le tireur est Adam Bede, le tiré John Alden et le preneur Martin Chuzzlewit, ce dernier est fictif ou inexistant ou ne l'est pas selon les circonstances:

(1) Si Martin Chuzzlewit n'est pas le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais seulement le fruit de l'imagination de ce dernier, le preneur est inexistant et, vraisemblablement aussi, fictif.

(2) If Bede for some purpose of his own inserts as payee the name of Martin Chuzzlewit, a real person who was known to him but whom he knows to be dead, the payee is non-existing, but is not fictitious.

(3) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person known to Bede, but Bede names him as payee by way of pretence, not intending that he should receive payment, the payee is fictitious, but is not non-existing.

(4) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill.

The policy underlying the fictitious person rule seems to be that if a drawer has drawn a cheque payable to order, not intending that the payee receive payment, the drawer loses, by his or her conduct, the right to the protections afforded to a bill payable to order.

The fictitious payee rule was considered by this Court in *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456, and in *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488. In *Concrete Column Clamps*, a payroll clerk perpetrated a fraud by including among the cheques presented to the authorized signing officer of the company a number of cheques payable to persons who were not owed any wages, some being former employees and the others having names which may or may not have been those of existing persons. The fraudulent employee took the cheques and received the amounts on forged endorsements. With regard to the named payees who were not former employees, it was held both by the trial judge and the Court of Appeal that they were "non-existing", and so fell within the s. 21(5) (now s. 20(5)). No issue in this respect was raised on appeal to the Supreme Court. With respect to the cheques made payable to former employees, both the trial judge and the Court of Appeal applied the fourth proposition put forward by Falconbridge, namely, that:

(2) Si Bede, pour ses fins propres, inscrit comme preneur le nom de Martin Chuzzlewit, une personne ayant déjà existé, qu'il connaissait et sait être décédée, le preneur est inexistant mais il n'est pas fictif.

(3) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais qu'il inscrit comme preneur dans un but frauduleux n'ayant pas l'intention d'avantager monétairement ce preneur, le preneur est une personne fictive mais non inexistante.

(4) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire à Bede qu'il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

Le principe sous-jacent à la règle de la personne fictive semble être le suivant: si une personne a tiré un chèque payable à ordre, sans vouloir que le preneur reçoive paiement, elle perd, en raison de sa conduite, le droit aux mesures de protection dont bénéficie une lettre de change payable à ordre.

La règle du preneur fictif a été examinée dans les arrêts *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456, et *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488. Dans l'arrêt *Concrete Column Clamps*, un préposé à la paie avait commis une fraude en glissant parmi les chèques présentés au signataire autorisé de la compagnie un certain nombre de chèques payables à des personnes à qui aucun salaire n'était dû, certaines d'entre elles étant d'anciens employés, d'autres étant fictives ou inconnues. L'employé malhonnête s'emparait des chèques et en touchait le montant sur la foi d'endossements falsifiés. En ce qui concerne les preneurs nommés qui n'étaient pas d'anciens employés, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux conclu que c'étaient des personnes «qui n'existaient pas» et qui étaient donc visées par le par. 21(5) (maintenant le par. 20(5)). Lors du pourvoi devant notre Cour, aucune question à ce sujet n'a été soulevée. Quant aux chèques payables à d'anciens employés, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux appliqué la quatrième proposition formulée par Falconbridge, à savoir:

If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill.

48

The majority of the Court in *Concrete Column Clamps, supra*, agreed that the fourth proposition was of application, and noted that a considerable line of Canadian and English authority had adopted the same approach in similar circumstances. The appellant in that case had suggested that where the person authorized to sign the cheques did so mechanically, without knowing any of the payees personally, it was not possible to apply the same rule as when a cheque is signed relying on an explicit false declaration. However, Pigeon J. for the majority commented as follows (at p. 484):

On the contrary, in an age when cheques are processed by computer, it is even more necessary to avoid facilitating fraudulent operations.

By making banks responsible for cheques cashed on a false endorsement, our *Bills of Exchange Act* certainly has the effect of making it more difficult to cash a cheque fraudulently. It is common knowledge that as a result, public agencies and private enterprises rely heavily on the responsibility of those who pay the cheques they issue, to counteract all kinds of fraud and at the same time to protect those for whom the payments are intended. The argument of counsel for the appellant, based on references to legislation in other countries relieving banks of this responsibility, is unconvincing. It is not for this Court to judge the results of such legislation, no attempt was even made to show that they were favourable. If appellant believes they were, it is to Parliament that it should apply to have the *Bills of Exchange Act* amended. I can see no justification for changing the interpretation of this Act, because a different rule has been established by legislation elsewhere.

It is to be noted that in the United Kingdom the drawee bank which pays cheques in good faith but on forged endorsements is protected by s. 60 of its

Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire à Bede qu'il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

Dans l'arrêt *Concrete Column Clamps*, précité, notre Cour à la majorité a reconnu que c'était la quatrième proposition qui s'appliquait, et elle a fait remarquer que ce point de vue avait, dans des circonstances similaires, été adopté dans un grand nombre de décisions canadiennes et britanniques. Dans cette affaire, l'appelante soutenait que dans le cas où la personne autorisée à signer les chèques les avait signés machinalement, sans connaître personnellement aucun des preneurs, il n'était pas possible d'appliquer la même règle que lorsqu'un chèque était signé sur la foi d'une fausse déclaration explicite. Cependant, le juge Pigeon a fait les commentaires suivants, au nom de la Cour à la majorité (à la p. 484):

Au contraire, à l'ère des chèques faits par ordinateur, il me semble encore plus désirable de ne pas faciliter l'entreprise des fraudeurs.

En rendant les banques responsables des chèques encaissés sur un endossement faux, notre *Loi sur les lettres de change* tend indubitablement à rendre l'encaissement frauduleux plus difficile. Il est notoire qu'en conséquence les administrations publiques comme les entreprises privées comptent beaucoup sur la responsabilité de ceux qui paient les chèques qu'elles émettent, pour contrecarrer toutes sortes de fraudes en même temps que pour protéger ceux auxquels les paiements sont destinés. Je ne puis accepter l'argument que l'avocat de l'appelante nous a présenté en citant d'autres législations qui affranchissent les banques de cette responsabilité. Il ne nous appartient pas d'en apprécier les résultats, mais on n'a même pas tenté de nous démontrer qu'ils étaient favorables. Si l'appelante le croit, c'est au Parlement qu'elle doit s'adresser pour demander la modification de notre *Loi sur les lettres de change*. Rien ne saurait nous justifier d'en changer l'interprétation parce qu'une règle différente a été législativement décrétée ailleurs.

Il faut signaler qu'au Royaume-Uni la banque tirée qui paie les chèques de bonne foi, mais sur la foi d'endossements falsifiés, est protégée par l'art. 60

Bills of Exchange Act, 1882, (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 61, which has no parallel in Canada.

Laskin C.J. took a view different from that of the majority. In his opinion, the intention of the dishonest clerk should be attributed to the drawer/employer. In this way, he concluded that the named former employees were fictitious persons. The Chief Justice considered principles of agency law and vicarious liability (at pp. 480-81):

There is a fine line, too fine in my opinion, between the case where the authorized signer of a cheque perpetrates a payroll fraud and the case where the fraud is perpetrated by a payroll clerk upon whose integrity the authorized signer generally must rely in making out the payroll cheques. The *Restatement of Agency Second* (1958) accepts this distinction, holding that a drawee bank which acts in good faith is protected in the first situation and liable to suffer the loss in the second situation: see s. 173, *Comment b*; s. 280, *Comment b*. The Reporter's notes to s. 280 point out, *inter alia*, that "imputing knowledge to the principal is a fictitious way of stating that the principal is liable for the conduct of the agent, and the fiction should be used only where it would be equitable to do so" (at p. 482 of *Restatement of Agency Second*, Appendix).

The distinction taken in the *Restatement of Agency Second* appears to be based on a line of cases different from the line that led to the development of the present law on vicarious liability in tort. That line is concerned with the question of how far notice to or knowledge of an agent of facts relating to a transaction which he is carrying out for the principal will be imputed to the latter. The general rule of imputation on such a case (and I state the matter broadly without the distinctions thrown up by the cases: see Powell, *Agency* (2nd ed. 1961) at pp. 236 ff.) has been held to be subject to an exception where the agent for his own purposes engages in a fraud against the principal: see, for example, Bowstead, *Agency* (13th ed. 1968), at pp. 356-57; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada* [[1925] S.C.R. 706], at p. 718. I do not think that this line of cases, concerned as they are with what a third party communicates to an agent and *vice versa*, or with what an agent knows or should know when acting for a principal, are applicable here. It seems to me that the tort cases offer a better analogy by posing the question as to when an employee's or an agent's interest adverse to the

du *Bills of Exchange Act, 1882* (R.-U.), 45 & 46 Vict., ch. 61, qui n'a pas d'équivalent au Canada.

Le juge en chef Laskin a adopté un point de vue différent de celui de la majorité. À son avis, l'intention du commis malhonnête devrait être attribuée à l'employeur-tireur. C'est ainsi qu'il a conclu que les anciens employés nommés étaient des personnes fictives. Le Juge en chef a examiné les principes du droit des mandats et de responsabilité du fait d'autrui ou responsabilité patronale (aux pp. 480 et 481):

Il existe une distinction subtile, trop subtile à mon avis, entre le cas où une fraude du présent type est commise par le préposé autorisé à signer les chèques et le cas où la fraude est perpétrée par le commis chargé de préparer les feuilles de paie sur qui le signataire autorisé doit généralement se fier lorsqu'il émet les chèques de paie. Le *Restatement of Agency Second* (1958) accepte cette distinction et estime que la banque tirée qui agit de bonne foi est protégée dans le premier cas et responsable de la perte dans le second cas: voir art. 173, *Comment b*; art. 280, *Comment b*. Sous l'art. 280, le rédacteur souligne, entre autres, que [TRADUCTION] «attribuer au mandant la connaissance que l'agent a des faits est une façon détournée de dire que le mandant est responsable du comportement du mandataire, et ce détour ne doit être admis que lorsqu'il est équitable» (à la p. 482 du *Restatement of Agency Second*, Annexe).

La distinction établie au *Restatement of Agency Second* semble fondée sur une jurisprudence différente de celle qui a mené au développement du droit actuel sur la responsabilité patronale en matière délictuelle. Elle recherche jusqu'à quel point la connaissance propre au mandataire des faits relatifs à une transaction qu'il exécute pour le mandant, va être attribuée à ce dernier. La règle générale d'attribution dans un tel cas (et je l'expose carrément sans tenir compte des distinctions apportées par la jurisprudence: voir Powell, *Agency* (2^e éd. 1961) aux pp. 236 et s.) admet une exception, le cas où pour ses fins propres, le mandataire fraude son mandat: voir, par exemple Bowstead, *Agency* (13^e éd. 1968), aux pp. 356-57; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada* [[1925] R.C.S. 706], à la p. 718. J'estime inapplicable en l'espèce cette jurisprudence où l'on considère essentiellement ce qu'un tiers a communiqué au mandataire et *vice versa*, ou ce qu'un mandataire connaît ou devrait connaître lorsqu'il agit pour le mandant. Il me semble que les affaires délictuelles offrent une meilleure analogie en ce qu'on s'y demande quand exactement l'activité d'un employé ou mandataire dans

employer or principal takes him outside of the scope of his employment.

Laskin C.J. concluded that it would be more equitable for the drawer/employer to bear the loss, given that the drawee bank had not been negligent in any way. In his view, there was no basis for a distinction between cheques payable to imaginary persons or persons who were not former employees and those who were formerly employees. For a view in support of this position, see Geva's commentary, *supra*.

50

In *Fok Cheong, supra*, the president of the appellant company drew a cheque upon the company's account payable to one Looing Weir, one of the company's creditors. The president fraudulently endorsed Weir's name, and received the proceeds. It was found that the cheque was never intended by the drawer to be paid to the payee. The appellant contended that as the payee was a real person to whom the appellant company was indeed indebted, the payee could not be characterized as a fictitious or non-existing person. However, Ritchie J., writing for the Court, concluded as follows (at p. 490):

It is obvious that the question of whether or not the payee is to be treated as a fictitious person lies at the very heart of this appeal and in my opinion this is to be determined in accordance with the reasoning expressed by Lord Herschell in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 at p. 153 where he said:

For the reasons with which I have troubled your Lordships at some length, I have arrived at the conclusion that, whenever the name inserted as that of the payee is so inserted by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith, the payee is a fictitious person within the meaning of the statute, whether the name be that of an existing person, or of one who has no existence, and that the bill may, in each case, be treated by a lawful holder as payable to bearer.

In my opinion this passage accurately expresses the effect of the accepted authorities and I agree with the Court of Appeal that the finding of fraudulent intent on the part of Chan in drawing the instrument in question makes the payee of this cheque a fictitious person within

un intérêt contraire à celui de son employeur ou mandant a pour effet de le faire sortir de l'exercice de ses fonctions.

Le juge en chef Laskin a conclu qu'il serait plus équitable que l'employeur-tireur assume la perte puisque la banque tirée n'avait absolument pas été négligente. À son avis, rien ne justifiait d'établir une distinction entre les chèques payables à des personnes fictives ou à des personnes qui n'étaient pas d'anciens employés, et ceux payables à des personnes qui étaient d'anciens employés. À l'appui de cette position, voir le commentaire de Geva, *loc. cit.*

Dans l'arrêt *Fok Cheong*, précité, le président de la compagnie appelante avait tiré, sur le compte de la compagnie, un chèque payable à Looing Weir, l'un des créanciers de celle-ci. Le président avait frauduleusement endossé le chèque au nom de Weir et en avait touché le montant. On a conclu que le tireur n'avait jamais voulu que le chèque soit payé à la preneuse. L'appelante a fait valoir que, puisque la preneuse était une personne réelle dont la compagnie appelante était effectivement la débitrice, on ne saurait la qualifier de personne fictive ou qui n'existe pas. Cependant, le juge Ritchie conclut ceci, au nom de notre Cour (à la p. 490):

Il est évident que la question de savoir si la preneuse doit être considérée comme une personne fictive constitue le cœur même de ce pourvoi et, à mon avis, elle est à trancher suivant le raisonnement de lord Herschell dans l'arrêt *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, à la p. 153, où il dit:

[TRADUCTION] Pour les motifs que j'ai exposés assez longuement à Vos Seigneuries, je suis arrivé à la conclusion que, premièrement, chaque fois que le nom inscrit comme le nom du preneur n'est qu'un simulacre et qu'il n'y a aucune intention de payer uniquement le preneur nommé, celui-ci est une personne fictive au sens de la loi, peu importe que le nom soit celui d'une personne qui existe ou d'une personne qui n'existe pas, et deuxièmement, que dans l'un et l'autre cas, un détenteur légitime peut considérer la lettre de change comme payable au porteur.

Selon moi, ce passage exprime avec exactitude le sens de la jurisprudence applicable et je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'étant donné la conclusion d'intention frauduleuse de la part de Chan lorsqu'il a tiré l'effet en cause, la preneuse de celui-ci est une personne

the meaning of the authorities, (see also the third illustration cited in *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, 7th ed., 1969, at p. 486), and the bank was accordingly entitled to treat the cheque as payable to bearer and therefore to treat it as chargeable against the account of the appellant.

The appellants in the instant appeal submitted at the outset that the fictitious payee defence should not be available to collecting banks. The appellants argued that unlike a drawee bank, a collecting bank places no reliance on and has no knowledge of the drawer. The collecting bank relies solely upon the creditworthiness of its own customer. The respondent, however, points out that there is no support for this proposition in the Act, in the case law, or in the academic texts. The respondent notes that when the intention of the Act is that it should apply only to a particular class, this intention is made express, citing for example s. 39 of the Act, dealing with delivery of a bill.

I agree with the respondent that there is no precedent for holding that s. 20(5) is not available to a collecting bank. In any event, the appellants agreed in reply that rather than taking the position that the fictitious person defence does not apply to collecting banks, the better argument was that there is a distinction between cases where the cheque is slipped in front of a signing officer, and a situation where the dishonest person is the signing officer.

In the instant appeal, the appellants submit that the facts fall within the fourth proposition set forth by Falconbridge, *supra*, as adopted by this Court in *Concrete Column Clamps*, *supra*. By contrast, the respondent submits that the circumstances of this case fall within the third proposition. The key issue is whether the drawer intended the payees to receive payment, which itself raises the question of who the drawer is. Can Donna Alm's intention be imputed to the appellants?

Many of the cheques in question were payable to "real" persons, albeit persons to whom no

fictive au sens de la jurisprudence (voir aussi le troisième exemple cité dans l'ouvrage de Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 7^e éd., 1969, à la p. 486), et que la banque était donc en droit de considérer le chèque comme payable au porteur et, en conséquence, de débiter le compte de l'appelante du montant y figurant.

Dans le présent pourvoi, les appelantes ont soutenu, au départ, qu'une banque d'encaissement ne devrait pas pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur le preneur fictif. Elles ont fait valoir que, contrairement à une banque tirée, une banque d'encaissement ne se fie aucunement au tireur et ne le connaît pas. La banque d'encaissement ne se fonde que sur la solvabilité de son propre client. L'intimée fait cependant remarquer que cette proposition ne trouve aucun appui dans la Loi, dans la jurisprudence ou dans la doctrine. Elle précise que lorsque la Loi a pour but de s'appliquer à une catégorie particulière seulement, ce but est exprimé clairement, citant comme exemple l'art. 39 de la Loi qui porte sur la livraison d'une lettre de change.

Je suis d'accord avec l'intimée pour dire que rien dans la jurisprudence ne permet de conclure qu'une banque d'encaissement ne peut invoquer le par. 20(5). Quoi qu'il en soit, les appelantes ont reconnu, dans leur réplique, qu'au lieu de soutenir que la défense du preneur fictif ne s'applique pas aux banques d'encaissement, il vaut mieux affirmer qu'il existe une différence entre les cas où un chèque est glissé sous la plume d'un signataire et celui où la personne malhonnête est le signataire.

En l'espèce, les appelantes soutiennent que les faits correspondent à la quatrième proposition formulée par Falconbridge, *op. cit.*, que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Concrete Column Clamps*, précité. Par contre, l'intimée soutient que les circonstances de l'affaire relèvent plutôt de la troisième proposition. Il s'agit principalement de savoir si le tireur voulait que les preneurs reçoivent paiement, ce qui en soi soulève la question de savoir qui est le tireur. L'intention de Donna Alm peut-elle être imputée aux appelantes?

Bon nombre des chèques en cause étaient payables à des personnes «réelles», quoique ce fus-

51

52

53

54

money was owed by the companies. Donna Alm, the writer of the cheques, did not intend for these payees to receive the proceeds of the cheques. This led the Court of Appeal to conclude that the drawer of the cheques intended them to be payable to bearer, based on the third proposition set out above, which was first stated in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.), at p. 153, as follows, and adopted by this Court in *Fok Cheong*, *supra*, at p. 490:

For the reasons with which I have troubled your Lordships at some length, I have arrived at the conclusion that, whenever the name inserted as that of the payee is so inserted by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith, the payee is a fictitious person within the meaning of the statute, whether the name be that of an existing person, or of one who has no existence, and that the bill may, in each case, be treated by a lawful holder as payable to bearer.

55

With respect, it seems to me that the Court of Appeal erred in focusing on Alm's intention. It is the intention of the drawer that is significant for the purpose of s. 20(5), not the intention of the signatory of the cheque. While a "drawer" is often defined to mean "[t]he person who signs or makes a bill of exchange" (cf. *The Dictionary of Canadian Law* (2nd ed. 1995)), in my view, it is important in the circumstances of this case to distinguish between the signatory and the drawer. The drawer, in this case, is the entity out of whose bank account the cheques were drawn, that is, the appellant companies. Alm was not the drawer, but was simply the signatory. Thus, it is the intention of the appellant companies, as the drawer, that must be determined. In my view, it is wrong to conclude that Alm, as an authorized signing officer of the appellants, could somehow be taken as expressing the intention of the appellant drawer.

56

Accordingly, the instant appeal is to be distinguished from the situation in *Fok Cheong*, *supra*. In that case, the drawer of the cheques was a company, and the signatory of the cheques was the

sent des personnes à qui les compagnies ne devaient pas d'argent. Donna Alm, l'auteur des chèques, ne voulait pas que ces preneurs reçoivent les montants en question. C'est ce qui a amené la Cour d'appel à conclure que le tireur des chèques voulait qu'ils soient payables au porteur, selon la troisième proposition énoncée ci-dessus, qui a été formulée pour la première fois dans l'arrêt *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.), à la p. 153, et qui a été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Fok Cheong*, précité, à la p. 490:

[TRADUCTION] Pour les motifs que j'ai exposés assez longuement à Vos Seigneuries, je suis arrivé à la conclusion que, premièrement, chaque fois que le nom inscrit comme le nom du preneur n'est qu'un simulacre et qu'il n'y a aucune intention de payer uniquement le preneur nommé, celui-ci est une personne fictive au sens de la loi, peu importe que le nom soit celui d'une personne qui existe ou d'une personne qui n'existe pas, et deuxièmement, que dans l'un et l'autre cas, un détenteur légitime peut considérer la lettre de change comme payable au porteur.

En toute déférence, il me semble que la Cour d'appel a commis une erreur en se concentrant sur l'intention de Alm. C'est l'intention du tireur qui est importante pour les fins du par. 20(5) et non celle du signataire du chèque. Bien qu'un «tireur» soit souvent défini comme [TRADUCTION] «[l]a personne qui signe ou émet une lettre de change» (voir *The Dictionary of Canadian Law* (2^e éd. 1995)), il est, à mon avis, important dans les circonstances de la présente affaire d'établir une distinction entre le signataire et le tireur. En l'espèce, le tireur est l'entité sur le compte bancaire de laquelle les chèques ont été tirés, c'est-à-dire les compagnies appelantes. Alm n'était pas le tireur, mais simplement la signataire. En conséquence, c'est l'intention des compagnies appelantes, en tant que tireur, qui doit être déterminée. À mon avis, il est erroné de conclure qu'il était possible en quelque sorte de considérer que Alm, en tant que signataire autorisée des appelantes, exprimait l'intention du tireur appellant.

En conséquence, il faut établir une distinction entre le présent pourvoi et la situation dans l'affaire *Fok Cheong*, précitée. Dans cette affaire, le tireur des chèques était une compagnie et le signa-

president of that company. The actions of the signatory, who was the president and the guiding mind of the company, could be taken to express the intention of the drawer company itself. This is not the case before us now. There is no basis for holding that the intentions of the signatory Donna Alm could be imputed to the appellant companies. The only directors, officers and shareholders of the appellants were Boris Mange and Ursula Mange. Alm was authorized to sign cheques for the appellants only for the purpose of discharging lawful obligations of the appellants, and only when the Manges were not available.

The validity of the cheques is not challenged; therefore, it must be presumed that the drawer intended the payees to receive the proceeds of the cheques. Clearly, the appellants had no intention of transferring over \$90,000 to Alm, rather than the payees, for no reason and via the circuitous route of third party cheques.

The respondent submits that the decision of this Court in *Concrete Column Clamps, supra*, should be overruled, and the approach taken by Laskin C.J. in dissent adopted. As I noted above, Laskin C.J. would have imputed the fraudulent intention of the employee to the employer/drawer. However, in my view, it is neither necessary nor desirable to import notions of agency and vicarious liability into the analysis. As I understand the applicable provisions of the Act, they do not invite the courts to consider whether the drawer, as principal, is vicariously liable for the acts of the agent. To my mind, it is quite evident that it is the intention of the drawer, in the sense of the entity from whose account the cheques will be drawn, that is of relevance. In some cases, it may be that the signatory is effectively also the drawer. But in this case, however, this is not so.

Pursuant to *Concrete Column Clamps, supra*, and the fourth proposition put forward by Falconbridge, *supra*, where a drawer is fraudulently induced by another person into issuing a cheque for the benefit of a real person to whom no obligation is owed, the cheque is to be considered payable to the payee, and not to a fictitious person. Such cheques will, accordingly, still be considered

taire était président de la compagnie. On pouvait considérer que les gestes du signataire, président et âme dirigeante de la compagnie, exprimaient l'intention de la compagnie tireuse. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Rien ne permet de conclure que l'intention de la signataire Donna Alm pouvait être imputée aux compagnies appelantes. Les seuls administrateurs, dirigeants et actionnaires des appelantes étaient Boris Mange et Ursula Mange. Alm n'était autorisée à signer les chèques au nom des appelantes que pour acquitter des obligations légitimes des appelantes, et seulement lorsque les Mange ne pouvaient pas le faire eux-mêmes.

La validité des chèques n'est pas contestée; en conséquence, il faut présumer que le tireur voulait que les preneurs touchent le montant des chèques. De toute évidence, les appelantes n'avaient pas l'intention de transférer plus de 90 000 \$ à Alm plutôt qu'aux preneurs, et ce, sans aucun motif et par le biais de chèques au nom de tierces parties.

L'intimée soutient qu'il faudrait renverser l'arrêt de notre Cour *Concrete Column Clamps, précité*, et adopter le point de vue formulé par le juge en chef Laskin, dissident. Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge en chef Laskin aurait imputé l'intention frauduleuse de l'employé à l'employeur-tireur. Cependant, j'estime qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'introduire dans l'analyse des notions de mandat et de responsabilité du fait d'autrui. Si je comprends bien, les dispositions applicables de la Loi n'invitent pas les tribunaux à examiner si le tireur, en tant que mandant, est responsable des actes du mandataire. À mon avis, il est fort évident que c'est l'intention du tireur, au sens de l'entité sur le compte de laquelle les chèques sont tirés, qui est pertinente. Dans certains cas, il se peut qu'en réalité le signataire soit aussi le tireur. Cependant, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Selon l'arrêt *Concrete Column Clamps, précité*, et la quatrième proposition formulée par Falconbridge, *op. cit.*, lorsqu'un tireur est amené frauduleusement par une autre personne à émettre un chèque au profit d'une personne existante envers qui il n'existe aucune obligation, le chèque doit être considéré comme payable au preneur et non à une personne fictive. En conséquence, ces chèques

57

58

59

payable to order rather than to bearer. In this case, as in *Concrete Column Clamps, supra*, the drawer was fraudulently induced by an employee into issuing cheques for the benefit of real persons to whom no obligation was owed. In this case, then, the cheques payable to actual persons associated with the appellants were not payable to fictitious persons, and could not be treated by the CIBC as payable to bearer.

60 Many of the cheques, however, were made payable not to actual persons associated with the companies, but to "J. Lam" and "J. R. Lam". The appellants had no dealings with any persons of such names. According to the criteria set out in *Falconbridge, supra*, such a person would be categorized as "non-existing", and hence, fictitious. But in my view, it seems that Boris Mange was reasonably mistaken in thinking that "J. Lam" or "J. R. Lam" was an individual associated with his companies. Mange knew that one of the subcontractors retained by the companies was a "Mr. Lam". He did not specifically recall Lam's first name, which, incidentally, was Van Sang. However, when Mange approved the cheques to "J. Lam" and "J. R. Lam", he honestly believed that the cheques were being made out for an existing obligation to a real person known to the companies. The trial judge's comments in this regard were tantamount to a finding of fact, and were not disturbed on appeal; as these are concurrent findings of fact, this Court should not intervene.

61 Accordingly, the cheques made out to "J. Lam" and "J. R. Lam" also fall within the fourth category, and could not be treated by the CIBC as payable to bearer. Rather, the cheques were payable to order, and in order to be negotiable to the bank, delivery alone was not sufficient. Valid, non-forged endorsements were required.

62 The appellants also submitted that, even if the cheques in question could be considered to be pay-

seront quand même considérés comme étant payables à ordre plutôt qu'au porteur. Dans la présente affaire, comme dans l'arrêt *Concrete Column Clamps, précité*, le tireur a été frauduleusement amené par un employé à émettre des chèques au profit de personnes existantes envers qui il n'existait aucune obligation. En l'espèce, les chèques payables à des personnes existantes ayant des liens avec les appelantes n'étaient donc pas payables à des personnes fictives, et la CIBC ne pouvait pas les considérer comme payables au porteur.

Cependant, de nombreux chèques étaient payables non pas à des personnes existantes ayant des liens avec les compagnies, mais plutôt à «J. Lam» et à «J. R. Lam». Les appelantes ne faisaient affaire avec personne de ce nom. Selon les critères énoncés dans *Falconbridge, op. cit.*, une telle personne serait qualifiée d'«inexistante» et, en conséquence, de personne fictive. Cependant, il me semble que Boris Mange a raisonnablement cru à tort que «J. Lam» ou «J. R. Lam» était une personne ayant des liens avec ses compagnies. Mange savait que les compagnies avaient retenu les services d'un sous-traitant du nom de «M. Lam». Il ne se rappelait pas précisément du prénom de Lam qui, incidemment, était Van Sang. Cependant, lorsque Mange a approuvé les chèques tirés au nom de «J. Lam» et de «J. R. Lam», il croyait sincèrement qu'ils avaient été tirés relativement à une obligation réelle envers une personne existante connue des compagnies. Les commentaires du juge de première instance à ce sujet équivalaient à une conclusion de fait et n'ont pas été modifiés en appel; comme ce sont des conclusions de fait concordantes, notre Cour ne devrait pas intervenir.

En conséquence, les chèques tirés au nom de «J. Lam» et de «J. R. Lam» tombent également dans la quatrième catégorie, et ne pouvaient pas être considérés par la CIBC comme payables au porteur. Ces chèques étaient payables à ordre et leur livraison n'était pas à elle seule suffisante pour qu'ils soient négociables à la banque. Des endorsements valides et non falsifiés étaient requis.

Les appelantes soutiennent également que, même si les chèques en cause pouvaient être consi-

able to bearer (which, as I have stated, they cannot be), the cheques should not be considered to have been “delivered” within the meaning of the Act. Accordingly, they could not have been negotiated. Upon closer scrutiny, this submission relied upon a rather tortured reading of the Act, which I should like to address.

Section 2 of the Act states that “delivery” means transfer of possession, actual or constructive, from one person to another. Delivery, within the meaning of this section, was certainly effected in this case with respect to all the cheques in question, as Donna Alm transferred possession of them to the CIBC.

The appellants, however, submit that a cheque is not delivered by the mere handing of the cheque to a bank teller, but that the transfer of possession is merely part of a legal process, relying on *Gough Electric Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 34 B.L.R. 17 (B.C.C.A.). According to the court in *Gough*, the delivery must be made by the authority of the drawer or the acceptor or the endorsee, as the case may be, referring to the language set out in s. 39 of the Act.

I agree with the respondent’s submission that it is incorrect to read s. 39 as if it defined “delivery” for all sections of the Act. The language of s. 39 necessarily refers back to the provisions of s. 38. Parliament has defined the term “delivery” in the interpretation section of the statute, a definition that is presumably to apply throughout the statute. In defining the term “delivery” differently in the later section, the clear inference is that this special definition is not intended to apply throughout the statute, but only in the circumstances contemplated by s. 38 because s. 39 cannot be read in isolation from s. 38. Where the delivery is taking place for the purposes of s. 38, there must be more than the transfer of possession, actual or constructive, from one person to another; it must also be made either by or under the authority of the party drawing, accepting or endorsing, as the case may be. Section 39 deals with the completion of a contract on a bill, not the delivery of every bill of exchange for

dérés comme payables au porteur (ce qui est impossible comme je l’ai affirmé), ils ne devraient pas être considérés comme «livrés» au sens de la Loi. En conséquence, ils ne pouvaient pas avoir été négociés. Lorsqu’on l’examine de plus près, on se rend compte que cet argument repose sur une interprétation plutôt fautive de la Loi, et c’est le point que j’aimerais maintenant examiner.

L’article 2 de la Loi prévoit que la «livraison» est un transfert de possession réelle ou présumée d’une personne à une autre. En l’espèce, tous les chèques en question ont sûrement été livrés au sens de cette disposition puisque Donna Alm en a transféré la possession à la CIBC.

Toutefois, se fondant sur l’arrêt *Gough Electric Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 34 B.L.R. 17 (C.A.C.-B.), les appelantes soutiennent qu’un chèque n’est pas livré par sa simple remise à un caissier de la banque, mais que le transfert de possession fait simplement partie d’un processus juridique. Dans l’arrêt *Gough*, la cour, renvoyant aux termes utilisés à l’art. 39 de la Loi, a affirmé que la livraison doit être effectuée avec l’autorisation du tireur, de l’accepteur ou de l’endossataire, selon le cas.

Je suis d’accord avec l’intimée pour dire qu’il est incorrect d’interpréter l’art. 39 comme s’il définissait le terme «livraison» pour toutes les dispositions de la Loi. Le texte de l’art. 39 renvoie nécessairement à l’art. 38. Le législateur a défini le terme «livraison» dans la partie de la Loi réservée aux définitions, et il faut présumer que cette définition s’applique à l’ensemble de la Loi. On ne peut que déduire que, lorsqu’il a défini le terme «livraison» différemment dans la dernière disposition, le législateur a voulu que cette définition spéciale s’applique non pas à l’ensemble de la Loi, mais seulement aux circonstances envisagées à l’art. 38 du fait que l’art. 39 ne peut être interprété indépendamment de l’art. 38. Lorsqu’il y a livraison pour les fins de l’art. 38, il doit y avoir plus qu’un transfert de possession réelle ou présumée d’une personne à une autre; la livraison doit aussi être faite par le tireur, l’accepteur ou l’endosseur, selon le cas, ou avec leur autorisation. L’article 39

63

64

65

simple deposit or negotiation. As further support for this interpretation, I note that the first incarnation of the Act incorporated the present ss. 38 and 39 in one section (see S.C. 1890, c. 33, s. 21).

traite de l'irrévocabilité de la conclusion d'un contrat sur une lettre de change, et non de la livraison de toute lettre de change pour simple dépôt ou négociation. Pour appuyer davantage cette interprétation, je souligne que, dans la première version de la Loi, les art. 38 et 39 actuels ne formaient qu'une seule et même disposition (voir S.C. 1890, ch. 33, art. 21).

66 If s. 39 applied beyond the situations encompassed in s. 38, s. 2 would be rendered meaningless, as delivery would never mean the simple transfer of possession. Such a result would be an absurdity. It is true that the Manitoba Court of Appeal has held that "delivery" must always be more than mere transfer of possession, in *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736. I expressly disagree with this approach, however, as it renders s. 2 meaningless, and also essentially renders s. 20(5) nugatory. It must be remembered that a cheque payable to bearer, including a cheque payable to a fictitious person, is negotiated by simple delivery (s. 59(2)). To adopt the s. 39 definition of delivery for all purposes would mean that something more than simple delivery would be required, contrary to the very intent of s. 20(5) and s. 59(2). This result defies the maxim *ut res magis valeat quam pereat*, "it is better for a thing to go well than to come to nothing", that is, legislation should be interpreted to give it effect, rather than to render it a nullity.

Si l'article 39 s'appliquait à d'autres situations que celles visées à l'art. 38, l'art. 2 serait dénué de tout sens puisque la livraison ne signifierait jamais le simple transfert de possession. Un tel résultat serait absurde. Il est vrai que, dans l'arrêt *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736, la Cour d'appel du Manitoba a statué que la «livraison» doit toujours être plus qu'un simple transfert de possession. Cependant, je suis explicitement en désaccord avec ce point de vue étant donné qu'il fait perdre tout son sens à l'art. 2 et qu'il rend essentiellement inopérant le par. 20(5). Il faut se rappeler qu'un chèque payable au porteur, y compris un chèque payable à une personne fictive, se négocie par simple livraison (par. 59(2)). Adopter à toutes fins la définition de «livraison» à l'art. 39 signifierait que quelque chose de plus qu'une simple livraison serait requis, contrairement à l'intention exprimée aux par. 20(5) et 59(2). Ce résultat va à l'encontre de la maxime *ut res magis valeat quam pereat*, «il vaut mieux qu'une chose soit valide plutôt qu'elle périclite», c'est-à-dire qu'une loi devrait être interprétée de manière à la rendre opérante plutôt que de la rendre nulle.

67 For these reasons, it is my conclusion that the cheques in question certainly were "delivered" by Alm to the CIBC within the meaning of s. 2 of the Act. However, the cheques were not bearer cheques, but were payable to order. Accordingly, for negotiation to be effected, endorsement by the payee was required in order for the CIBC to acquire valid title to the cheques.

Pour ces motifs, je conclus que Alm a sûrement livré les chèques en question à la CIBC, au sens de l'art. 2 de la Loi. Cependant, les chèques étaient non pas payables au porteur, mais payables à ordre. En conséquence, pour être négociés, ils devaient porter l'endossement du preneur pour que la CIBC acquière un titre valide.

68 It remains to be seen, however, whether s. 165(3) of the Act is of application in this situation so as to give the CIBC the rights of a holder in due course, including immunity against a claim in conversion.

Il reste cependant à examiner si le par. 165(3) de la Loi s'applique en l'espèce de façon à conférer à la CIBC les droits d'un détenteur régulier, y compris l'immunité contre les réclamations fondées sur le détournement.

C. Section 165(3)

It should be noted at the outset that the CIBC in this case cannot be an actual holder in due course under the Act, because it is not a valid "holder" of the cheques in question. A bill must be negotiated to an individual in order for him or her to be a holder. As set out above, the cheques in this case were not validly negotiated, since they were payable to order, and bore no endorsement, or bore forged endorsements which amounted to a nullity under s. 48 of the Act.

However, it is argued that the CIBC acquired the rights of a holder in due course pursuant to s. 165(3), which provides that:

Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

At this point, it should be noted that this section has attracted considerable commentary; see, for example, Professor Sheilah Martin's article "Section 165(3) of the Bills of Exchange Act" (1985), 11 *C.B.L.J.* 23, and Professor Stephen A. Scott's article "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78.

Section 165(3) was introduced in 1966; Professor Martin summarizes the subsequent reaction to the new provision as highly critical by giving too wide a protection to banks (at p. 23). She describes the significant advantage that the section affords to a depositing bank as follows, at p. 47:

While some innovations have been made, in the case of a good faith requirement and the deposit proviso, most cases have technically applied s. 165(3) to give the bank the wide protection it promotes. When one realizes that s. 165(3) is now being used as a defence to common law actions and that the bank remains free to pursue the drawer or endorsers at its option and regardless of its relationship with the endorser, it is easy to understand

C. Le paragraphe 165(3)

Il y a lieu de souligner, au départ, que la CIBC ne peut être un véritable détenteur régulier au sens de la Loi parce qu'elle n'est pas un «détenteur» valide des chèques en question. Une lettre de change doit être négociée en faveur d'une personne pour qu'elle en devienne détentrice. Comme je l'ai déjà exposé, les chèques en l'espèce n'ont pas été validement négociés puisqu'ils étaient payables à ordre et ne portaient aucun endossement ou portaient un endossement falsifié constituant nullité en vertu de l'art. 48 de la Loi.

Cependant, on soutient que la CIBC a acquis les droits d'un détenteur régulier conformément au par. 165(3), qui prévoit ceci:

Lorsqu'un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d'une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

Il y a lieu ici de souligner que cette disposition a fait couler beaucoup d'encre; voir, par exemple, l'article de la professeure Sheilah Martin, intitulé «Section 165(3) of the Bills of Exchange Act» (1985), 11 *C.B.L.J.* 23, et celui du professeur Stephen A. Scott, intitulé «The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History» (1973), 19 *R.D. McGill* 78.

Le paragraphe 165(3) a été introduit en 1966; la professeure Martin affirme succinctement que la nouvelle disposition a été fort critiquée parce qu'elle accorde une protection trop grande aux banques (à la p. 23). Voici comment elle décrit le grand avantage que cette disposition confère à une banque déposante (à la p. 47):

[TRADUCTION] Bien que certaines innovations aient été réalisées, dans le cas d'une exigence de bonne foi et de la clause de dépôt, on a, la plupart du temps, appliqué littéralement le par. 165(3) de façon à conférer aux banques la protection générale qu'il favorise. Lorsque l'on se rend compte que le par. 165(3) est maintenant opposé comme moyen de défense à des actions fondées sur la common law et que la banque continue de pouvoir

69

70

71

72

the fear that the section has done much to strengthen the legal position of a depositing bank.

Professor Martin explores in her article whether the breadth of s. 165(3) can be narrowed by strictly construing its threshold requirements but concludes that it would be difficult to narrow the scope of the subsection.

73 Professor Scott goes so far as to state that s. 165(3) “must be summarily repealed”, as “[i]ts continued presence on the Canadian statute book is completely unjustified” (p. 97). In his view, it would not be necessary to replace the section with a new provision, but he suggests specific changes (at p. 97).

74 The respondent submits that, within the plain meaning of s. 165(3), it has acquired the rights of a holder in due course, since the cheques in question were indeed “delivered to a bank for deposit to the credit of a person”, and since the CIBC credited the person “with the amount of the cheque”. At first blush, this interpretation seems to be attractive. However, the consequence of this approach would be far-reaching and overly broad.

75 If the respondent’s interpretation were adopted, a bank would never need to require an endorsement, and the distinction between cheques payable to order and payable to bearer would be insignificant. A bank would always be immune from the consequences of having accepted unendorsed cheques into third party accounts. This result cannot be supported.

76 In my view, the “person” in s. 165(3) must mean a person who is entitled to the cheque. This means that only the payee or the legitimate endorsee of the payee would qualify as a “person” for the purposes of s. 165(3). The purpose of s. 165(3), in my view, is to deal with, among others, situations like the one that arose in *Royal Bank of Canada v. Wild* (1974), 51 D.L.R. (3d) 188 (Ont. C.A.), that is, where a payee deposits a cheque to his or her own account without endorsement, and to deal with restrictive endorsements. In that case, a cheque

poursuivre, comme elle l’entend, le tireur ou les endosseurs, et ce, quel que soit son lien avec l’endosseur, on comprend facilement pourquoi l’on craint que la disposition ait contribué énormément à renforcer la situation en droit des banques déposantes.

La professeure Martin examine, dans son article, si l’on peut restreindre la portée du par. 165(3) en donnant une interprétation stricte à ses exigences préliminaires; cependant, elle conclut qu’il serait difficile d’en restreindre la portée.

Le professeur Scott va même jusqu’à dire que le par. 165(3) [TRADUCTION] «doit être abrogé sommairement» étant donné que «[s]on maintien dans les recueils de lois canadiennes est totalement injustifié» (p. 97). À son avis, il ne serait pas nécessaire de remplacer cette disposition, mais il propose certaines modifications (à la p. 97).

L’intimée soutient que, suivant le sens ordinaire du par. 165(3), elle a acquis les droits d’un détenteur régulier puisque les chèques en question ont vraiment été «livré[s] à une banque en vue de son dépôt au compte d’une personne», et que la CIBC a porté au crédit de cette personne «le montant du chèque». À prime abord, cette interprétation semble intéressante. Cependant, elle aurait des conséquences profondes et d’une portée excessive.

Si l’on adoptait l’interprétation préconisée par l’intimée, une banque n’aurait jamais besoin d’exiger un endossement et la distinction entre les chèques payables à ordre et ceux payables au porteur serait sans importance. Une banque serait toujours à l’abri des conséquences de l’acceptation de chèques non endossés pour dépôt dans le compte d’une tierce partie. Ce résultat est insoutenable.

À mon avis, la «personne» visée au par. 165(3) doit être une personne ayant droit au chèque. Cela signifie que seul le preneur ou l’endossataire légitime du preneur pourrait être qualifié de «personne» pour les fins du par. 165(3). J’estime que le par. 165(3) vise notamment des situations comme celle qui existait dans l’arrêt *Royal Bank of Canada c. Wild* (1974), 51 D.L.R. (3d) 188 (C.A. Ont.), c’est-à-dire celle où un preneur dépose un chèque dans son compte sans endossement, et qu’il vise aussi l’endossement restrictif. Dans l’arrêt

drawn by Wild and payable to Interlocking Building Systems Limited was delivered to the bank by the payee, to be deposited to the credit of his account. The words "for deposit only to the credit of Interlocking Building Systems Limited, dealer's account" were typed on the back of the cheque. There was no actual signature by way of endorsement on the cheque. The cheque was credited to the payee's account. When the cheque was presented by the collecting bank to the drawee, it was dishonoured, and charged back to the account of the payee. However, the funds in the payee's account were insufficient, there being an overdraft of \$1,550. Several months later, the collecting bank demanded payment from the drawer of the cheque, Wild. The defendant conceded that the collecting bank had acquired the rights of a holder in due course by virtue of s. 165(3) of the Act.

In *Wild*, the bank, but for s. 165(3), could not have taken title to the cheque, since a cheque that is payable to order must be endorsed to be negotiated (s. 59(3)). The bank could not then be a holder in due course, and would be exposed to any equities between the payee and the drawer of the cheque. Section 165(3) remedies this situation. As long as a payee or endorsee is entitled to the proceeds of the cheque, the cheque can be deposited without endorsement without harming the position of the bank.

Section 165(3) represents a policy decision with respect to the allocation of risk. When a collecting bank is presented with a cheque for deposit to the credit of the payee, the bank is entitled, essentially, to assume that it was truly the intention of the drawer that the payee receive the proceeds of the cheque. It is more difficult for a fraudulent employee to manage to have cheques wrongfully made out in their own name; the likelihood with respect to cheques presented by the payee is that they are genuine. Accordingly, a policy decision has been made to overlook the lack of endorsement with respect to these cheques, to prevent the bank from being exposed to personal defences and defects in title should the cheque be dishonoured. The collecting bank is permitted to overlook endorsement with respect to these cheques,

Wild, un chèque tiré par Wild et payable à Interlocking Building Systems Limited avait été livré à la banque par le preneur pour être déposé dans son compte. À l'endos du chèque était dactylographiée la phrase suivante: [TRADUCTION] «pour dépôt seulement au crédit d'Interlocking Building Systems Limited, compte du marchand». Le chèque n'avait pas été endossé. Il a été déposé au compte du preneur. Lorsque la banque d'encaissement a présenté ce chèque au tiré, il a été refusé et débité du compte du preneur. Cependant, le compte du preneur ne contenait pas suffisamment de fonds, présentant un découvert de 1 550 \$. Plusieurs mois plus tard, la banque d'encaissement a exigé le paiement du tireur du chèque, Wild. Le défendeur a reconnu que la banque d'encaissement avait acquis les droits d'un détenteur régulier en application du par. 165(3) de la Loi.

Dans l'arrêt *Wild*, n'eût été le par. 165(3), la banque n'aurait pu obtenir le titre sur le chèque puisqu'un chèque payable à ordre se négocie par endossement (par. 59(3)). La banque ne pouvait alors être un détenteur régulier, et était sujette à tout droit susceptible d'exister en *equity* entre le preneur et le tireur du chèque. Le paragraphe 165(3) remédie à cette situation. Dans la mesure où un preneur ou un endossataire a droit au montant du chèque, le chèque peut être déposé sans endossement sans nuire à la situation de la banque.

Le paragraphe 165(3) représente une décision de principe relative à la répartition du risque. Lorsqu'une banque d'encaissement se voit présenter un chèque pour dépôt au crédit du preneur, elle a essentiellement le droit de supposer que le tireur voulait réellement que le preneur reçoive le montant du chèque. Il est plus difficile pour un employé fraudeur de faire illicitement tirer des chèques à son nom; il est probable que les chèques présentés par le preneur seront authentiques. En conséquence, on a pris la décision de principe d'ignorer l'absence d'endossement sur ces chèques de façon à empêcher que la banque se voie opposer des moyens de défense personnels et qu'elle se trouve en possession de titres défectueux, au cas où ces chèques seraient refusés. La banque d'encaissement est autorisée à ignorer l'absence d'en-

because it is very likely that they are indeed genuine.

79 However, the likelihood of fraud is dramatically higher when a person presents a third party cheque, particularly when it bears no endorsement. A collecting bank is not permitted to assume that the transaction is genuine in the face of circumstances that are so clearly prone to fraud. This is why the collecting bank is required, in the case of third party cheques, to ensure that they have been endorsed. It should be remembered that it was the respondent's own internal policy that third party cheques were not to be accepted without endorsement.

80 To some, the allocation of risk in the bills of exchange system may seem arbitrary, but in my view a necessary and coherent rationale sustains this allocation. With respect to forged endorsements, for example, no party in particular is in any better position to detect the fraud than any other. It is a risk that all parties must bear, including collecting banks. It is a price that must be paid if one wishes to enjoy the significant benefits of the bills of exchange scheme, not the least of which is, from the bank's perspective, the facilitation of huge numbers of financial dealings conducted rapidly, and without overwhelming transaction costs. While the banks are accorded the important advantage of holder in due course status in many situations, it would not be appropriate, as the respondent would have it, to exempt any party, including collecting banks, from all exposure to the risk and consequence of fraud.

81 In my view, s. 165(3) does not apply to the facts of this case. Alm was not the payee or a legitimate endorsee of the cheques in question. Accordingly, she was not a "person" within the meaning of s. 165(3). Absent valid endorsements, the cheques were not validly negotiated to the bank. As a result, CIBC took the cheques subject to the equities of the situation. Alm was not entitled to the cheques, but CIBC credited her with the amount of those cheques. This constitutes conversion, for which CIBC is strictly liable.

dossement sur ces chèques étant donné qu'il est fort probable qu'ils sont vraiment authentiques.

Cependant, le risque de fraude est sensiblement plus grand lorsqu'une personne présente un chèque d'une tierce partie, et plus particulièrement s'il n'est pas endossé. Une banque d'encaissement ne peut pas présumer que l'opération est authentique dans des circonstances qui se prêtent aussi clairement à la fraude. C'est pourquoi la banque d'encaissement doit veiller à ce que les chèques de tierces parties soient endossés. Il faudrait se rappeler que l'intimée avait comme politique interne de ne pas accepter les chèques de tierces parties non endossés.

Pour certains, la répartition du risque à l'intérieur du régime des lettres de change peut sembler arbitraire; cependant, j'estime que cette répartition a une raison d'être logique et nécessaire. Par exemple, en ce qui concerne les endossements falsifiés, une partie n'est jamais mieux placée qu'une autre pour déceler la fraude. C'est un risque qui doit être assumé par toutes les parties, y compris les banques d'encaissement. C'est le prix à payer si l'on désire bénéficier des avantages considérables qu'offre le régime des lettres de change, dont n'est pas le moindre celui, du point de vue des banques, de faciliter l'exécution rapide d'une multitude d'opérations financières, sans frais exorbitants. Même si, dans bien des cas, les banques ont l'avantage important de posséder le statut de détenteur régulier, il ne conviendrait pas de mettre toute partie, y compris les banques d'encaissement, à l'abri du risque et des conséquences de la fraude, comme le préconise l'intimée.

À mon avis, le par. 165(3) ne s'applique pas aux faits de la présente affaire. Alm n'était ni le preneur ni un endossataire légitime des chèques en question. En conséquence, elle n'était pas une «personne» au sens du par. 165(3). Sans endossement valide, les chèques n'ont pas été valablement négociés à la banque. En conséquence, la CIBC a accepté les chèques sous réserve des droits susceptibles d'exister en *equity*. Alm n'avait pas droit aux chèques, mais la CIBC lui en a crédité le montant. Cela constitue un détournement dont la CIBC a la responsabilité stricte.

VI. Conclusions and Disposition

A bill of exchange is a chattel that can be negotiated from party to party. Title to a bill, such as a cheque, is obtained through negotiation. Once an individual has obtained title, that individual has the right to present the bill to the drawee for payment, as well as a right of recovery against the drawer if the bill is dishonoured by the drawee.

A bank converts an instrument, including a cheque, by dealing with it under the direction of one not authorized, by collecting it and making the proceeds available to someone other than the person rightfully entitled to possession. It should be noted that the tort of conversion is one of strict liability.

The respondent has agreed that it is *prima facie* liable to the drawer for conversion, and focuses instead on possible defences. I have concluded that the Court of Appeal was in error in holding that the action for conversion must fail with respect to the 146 cheques signed by Alm, having focused incorrectly on the intention of Alm, rather than the intention of the drawer. The respondent is indeed *prima facie* liable for conversion with respect to all of the cheques in question.

It is my further conclusion that s. 20(5) offers no defence to the respondent in the circumstances of this case. None of the cheques in question was payable to a fictitious person, in my view. Again, it is the intention of the drawer, in the sense of the one from whose account the cheques are drawn, that is of relevance, rather than the intention of the signatory. The drawer and the signatory may be one and the same in some instances, but this is not the situation in the instant appeal. As none of the cheques was payable to a fictitious person, the cheques could not be treated as payable to bearer by the CIBC. Accordingly, in order to be negotiated, the cheques had to be validly endorsed as well as delivered.

VI. Conclusions et dispositif

Une lettre de change est un bien qui peut être négocié d'une partie à une autre. Le titre sur une lettre de change, comme un chèque, s'obtient par négociation. La personne qui obtient ce titre a le droit de présenter la lettre de change au tiré pour paiement ainsi que celui de recouvrer cette somme auprès du tireur si la lettre est refusée par le tiré.

Une banque détourne un effet, y compris un chèque, en le traitant sur l'ordre d'une personne non autorisée, en l'encaissant et en remettant le montant à une personne autre que celle qui y a légitimement droit. Il y a lieu de souligner que le délit de détournement est un délit de responsabilité stricte.

L'intimée a reconnu qu'elle était responsable à première vue de détournement envers le tireur, et a plutôt mis l'accent sur des moyens de défense possibles. J'ai conclu que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que l'action pour détournement devait échouer relativement aux 146 chèques signés par Alm, du fait qu'elle s'était concentrée à tort sur l'intention de Alm plutôt que sur celle du tireur. L'intimée est, en fait, responsable à première vue de détournement à l'égard de tous les chèques en cause.

Je conclus également que le par. 20(5) n'offre à l'intimée aucun moyen de défense dans les circonstances de l'espèce. À mon avis, aucun des chèques en question n'était payable à une personne fictive. Je répète que c'est l'intention du tireur, au sens de celui sur le compte duquel les chèques sont tirés, qui est pertinente et non celle du signataire. Il se peut, dans certains cas, que le tireur et le signataire soient une seule et même personne, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Puisque aucun des chèques n'était payable à une personne fictive, la CIBC ne pouvait les considérer comme payables au porteur. En conséquence, pour être négociés, les chèques devaient être validement endossés et livrés.

82

83

84

85

86 I have also concluded that the CIBC did not acquire the rights of a holder in due course pursuant to s. 165(3), for the reason that the person to whose account the cheques were deposited was not a legitimate payee or endorsee, but a third party. Absent valid endorsements, Alm could not validly negotiate the cheques to the bank. As a result, the CIBC took the cheques subject to the equities of the situation, and is liable for conversion with respect to those cheques.

87 Accordingly, I would allow the appeal with costs throughout, dismiss the cross-appeal with costs, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the trial judgment against the CIBC for the full amount of the cheques in question, that is \$91,289.54 plus interest.

The reasons of *La Forest* and *McLachlin JJ.* were delivered by

88 LA FOREST J. (dissenting on the appeal) — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Iacobucci, but, with respect, I am unable to agree with the result he has arrived at and with much of his reasoning. While we are at one in concluding that, absent any applicable defences, the respondent bank is liable to the appellants for conversion, our paths diverge as regards the application of one of those defences. As I see it, s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C., 1985, c. B-4 (the “Act”), provides a defence to the respondent for all but \$1,655.17 of the total amount claimed by the appellants. However, for somewhat different reasons, I agree with the interpretation of s. 165(3) arrived at by my colleague and that it is not available to the respondent on the facts of this case.

89 My colleague has summarized the facts and the judicial history of the case. I find it unnecessary to repeat the latter, but I do feel it is necessary to

J’ai aussi conclu que la CIBC n’avait pas acquis les droits d’un détenteur régulier conformément au par. 165(3), parce que la personne au compte de laquelle les chèques ont été déposés était non pas un preneur ou un endossataire légitime, mais une tierce partie. Sans endossement valide, Alm ne pouvait pas négocier valablement les chèques à la banque. En conséquence, la CIBC a accepté les chèques sous réserve des droits susceptibles d’exister en *equity* et elle est responsable de détournement à l’égard de ces chèques.

En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi principal avec dépens dans toutes les cours, de rejeter le pourvoi incident avec dépens, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel et de rétablir le jugement du juge de première instance ordonnant à la CIBC de payer le plein montant des chèques en cause, soit la somme de 91 289,54 \$ plus les intérêts.

Version française des motifs des juges *La Forest* et *McLachlin* rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident quant au pourvoi principal) — J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci mais, en toute déférence, je ne puis souscrire au résultat auquel il est arrivé ni à une grande partie de son raisonnement. Bien que nous soyons d’accord pour conclure que, en l’absence de moyens de défense applicables, la banque intimée est responsable de détournement envers les appelantes, nos points de vue divergent sur l’application de l’un de ces moyens de défense. À mon sens, le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), ch. B-4 (la «Loi»), fournit à l’intimée un moyen de défense relativement au total réclamé par les appelantes, sauf en ce qui concerne la somme de 1 655,17 \$. Toutefois, pour des raisons quelque peu différentes, je souscris à la façon dont mon collègue interprète le par. 165(3) et je suis d’accord avec lui pour dire que, d’après les faits du présent pourvoi, il ne peut être invoqué par l’intimée.

Mon collègue a résumé les faits et l’historique judiciaire de l’affaire. J’estime inutile de reprendre cet historique, mais je considère nécessaire de

briefly review the facts. The appellants, Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd., are two small, family-owned, manufacturing companies whose only shareholders and officers are Boris Mange and his wife Ursula Mange. From 1967 to 1987 the appellants employed a bookkeeper, Donna Alm, who, along with Boris and Ursula Mange, was an authorized signing officer for both companies with respect to the appellants' accounts at the Royal Bank of Canada. Cheques drawn on these accounts required the signature of only one authorized signing officer. Over a five-year period, from 1982 to 1987, Ms. Alm defrauded the appellants of \$91,289.54 by issuing and depositing to her own accounts with the respondent a total of 155 cheques drawn on the account of the appellants and fraudulently made out to third parties. Of the 155 cheques, 146 were signed personally by Ms. Alm in her capacity as signing officer; the remaining nine were prepared by Ms. Alm but signed by the president of the appellants, Boris Mange. The cheques were presented for deposit by Ms. Alm at her regular branch of the respondent CIBC. Ms. Alm had forged endorsements on some of the cheques but not on others. In any event, all of the cheques were accepted by the bank and Ms. Alm was credited with the face amount in each case.

In addition to grouping the 155 cheques depending on who signed them, it is also possible to group the cheques depending on the nature of the payee. Forty-one of the cheques were made out to existing employees of the appellants, including 34 which were variously made out to Boris Mange, Ursula Mange, and their son Michael Mange. Of the 41 cheques made out to existing employees of the appellants, 38 were signed by Ms. Alm herself and three by Boris Mange. The remaining 114 cheques were variously made out to "J. Lam", "J. R. Lam", or "D. Lam". The appellants had previously engaged a subcontractor by the name of Van Sang Lam but had never employed or had dealings with anyone by the name of J. Lam, J. R. Lam, or D. Lam. Of these 114 cheques, six were signed by Boris Mange and the remaining 108 by Ms. Alm.

revoir brièvement les faits. Les appelantes, Boma Manufacturing Ltd. et Panabo Sales Ltd., sont deux petites entreprises familiales de fabrication dont les seuls actionnaires et dirigeants sont Boris Mange et son épouse Ursula Mange. De 1967 à 1987, les appelantes ont employé comme aide-comptable Donna Alm qui, à l'instar de Boris et d'Ursula Mange, était une signataire autorisée des deux sociétés relativement aux comptes des appelantes à la Banque Royale du Canada. Les chèques tirés sur ces comptes n'exigeaient qu'une signature autorisée. Au cours d'une période de cinq ans, de 1982 à 1987, M^{me} Alm a escroqué aux appelantes la somme de 91 289,54 \$, en émettant et en déposant, dans ses propres comptes chez l'intimée, 155 chèques au total, tirés sur les comptes des appelantes et émis frauduleusement au nom de tierces parties. Parmi ces 155 chèques, 146 avaient été signés personnellement par M^{me} Alm en sa qualité de signataire autorisée; les neuf autres chèques avaient été rédigés par M^{me} Alm, mais signés par le président des appelantes, Boris Mange. Les chèques ont été présentés pour dépôt par M^{me} Alm à sa succursale habituelle de l'intimée la CIBC. Madame Alm avait contrefait l'endossement sur certains des chèques seulement. De toute façon, tous les chèques ont été acceptés par la banque et la somme inscrite sur chacun a été portée au crédit de M^{me} Alm.

En plus de grouper les 155 chèques selon l'identité de leur signataire, il est aussi possible de les grouper selon l'identité du preneur. Quarante et un chèques étaient payables à des employés existants des appelantes, dont 34 à Boris Mange, à Ursula Mange ou encore à leur fils Michael Mange. Parmi les 41 chèques payables à des employés existants des appelantes, 38 avaient été signés par M^{me} Alm elle-même, et trois par Boris Mange. Les 114 autres chèques étaient payables à « J. Lam », à « J. R. Lam » ou encore à « D. Lam ». Les appelantes avaient antérieurement retenu les services d'un sous-traitant appelé Van Sang Lam, mais n'avaient jamais employé quelqu'un qui s'appelait J. Lam, J. R. Lam ou D. Lam, ni fait affaire avec une personne de ce nom. Parmi ces 114 chèques, six avaient été signés par Boris Mange, et les 108 autres par M^{me} Alm.

Fictitious and Non-Existing Payees

91

As noted by my colleague, s. 20(5) of the Act provides a defence to the respondent bank against an action for conversion in that a bill that is payable to a fictitious or non-existing person may be treated as payable to bearer. In so far as this section applies to any of the cheques which are the subject of the present appeal, the respondent stands in the position of a holder in due course of such cheques and cannot be sued for conversion by the drawer. On the facts of this case two different issues must be addressed under this section. First, are the 41 cheques which Ms. Alm made out to existing employees payable to fictitious persons? Second, are the 114 cheques with "J. Lam", "J. R. Lam", or "D. Lam" as the payee cheques made out to non-existent payees within the meaning of s. 20(5)? In addressing these questions it is necessary to remember that the cheque system is but one part of the bills of exchange system and that the underlying principles of the Act, including those of negotiability, certainty, and finality respecting commercial paper and commercial paper transactions, must be respected.

92

In addressing the first of these questions my colleague relies on the rules enunciated by Dean Falconbridge in the sixth edition of his textbook, *Banking and Bills of Exchange* (1956), at pp. 468-69, which read:

Whether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone's intention. The question whether the payee is fictitious depends upon the intention of the creator of the instrument, that is, the drawer of a bill or cheque or the maker of a note.

In the case of a bill drawn by Adam Bede upon John Alden payable to Martin Chuzzlewit, the payee may or may not be fictitious or non-existing according to the circumstances:

(1) If Martin Chuzzlewit is not the name of any real person known to Bede, but is merely that of a creature of the imagination, the payee is non-existing, and is probably also fictitious.

Preneurs fictifs ou qui n'existent pas

Comme l'a souligné mon collègue, le par. 20(5) de la Loi fournit à la banque intimée un moyen de défense contre toute action pour détournement en ce sens qu'une lettre de change payable à une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur. Dans la mesure où cette disposition s'applique à l'un ou l'autre des chèques qui font l'objet du présent pourvoi, l'intimée est le détenteur régulier de ces chèques et ne peut pas être poursuivie pour détournement par le tireur. D'après les faits de la présente affaire, cette disposition soulève deux questions distinctes. Premièrement, les 41 chèques que M^{me} Alm a tirés au nom d'employés existants sont-ils payables à des personnes fictives? Deuxièmement, les 114 chèques dont le preneur est «J. Lam», «J. R. Lam» ou «D. Lam» sont-ils payables à des preneurs qui n'existent pas au sens du par. 20(5)? Pour répondre à ces questions, il faut se rappeler que le régime des chèques n'est qu'un élément du régime des lettres de change et qu'il faut respecter les principes sous-jacents de la Loi, dont ceux de la négociabilité, de la certitude et de l'irrévocabilité des effets de commerce et des transactions en matière d'effets de commerce.

En abordant la première question, mon collègue s'appuie sur les règles énoncées par le doyen Falconbridge dans la sixième édition de son traité intitulé *Banking and Bills of Exchange* (1956), aux pp. 468 et 469:

[TRADUCTION] La question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n'existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l'intention de personne. Celle de savoir si le preneur est une personne fictive dépend de l'intention de l'auteur de l'effet, à savoir le tireur d'une lettre de change ou d'un chèque, ou encore l'auteur d'un billet.

Dans le cas d'une lettre de change dont le tireur est Adam Bede, le tiré John Alden et le preneur Martin Chuzzlewit, ce dernier est fictif ou inexistant ou ne l'est pas selon les circonstances:

(1) Si Martin Chuzzlewit n'est pas le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais seulement le fruit de l'imagination de ce dernier, le preneur est inexistant et, vraisemblablement aussi, fictif.

(2) If Bede for some purpose of his own inserts as payee the name of Martin Chuzzlewit, a real person who was known to him but whom he knows to be dead, the payee is non-existing, but is not fictitious.

(3) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person known to Bede, but Bede names him as payee by way of pretence, not intending that he should receive payment, the payee is fictitious, but is not non-existing.

(4) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill.

In his reasons, my colleague accepts these rules and interprets them as standing for the proposition that where a drawer does not intend a named payee to receive payment, the payee is fictitious and the bill must be read as payable to bearer. Applying this proposition to the facts of the case he states that the intention of the signor, Ms. Alm, cannot be equated to that of the drawer, the appellant companies, as Ms. Alm is not a guiding mind of the corporations. In consequence, the fourth rule applies and the payees are not fictitious within the meaning of s. 20(5).

The proposition embodied by s. 20(5) as it relates to the actions of fraudulent employees has been the subject of considerable judicial attention, starting with the House of Lords' decision in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, and continuing up until this Court's decisions in *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456, and *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488. It is fair to say that Dean Falconbridge's fourth rule, which encompasses the situation of the fraudulent employee, merely reflects one line of reasoning within the jurisprudence (see *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, and *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (Ont. C.A.)), and does not take into account various decisions that have gone the other way (see *London Life Insurance Co. v. Molsons Bank (1904)*, 8 O.L.R. 238 (C.A.), and *Metropoli-*

(2) Si Bede, pour ses fins propres, inscrit comme preneur le nom de Martin Chuzzlewit, une personne ayant déjà existé, qu'il connaissait et sait être décédée, le preneur est inexistant mais il n'est pas fictif.

(3) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais qu'il inscrit comme preneur dans un but frauduleux n'ayant pas l'intention d'avantager monétairement ce preneur, le preneur est une personne fictive mais non inexistante.

(4) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire à Bede qu'il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

Dans ses motifs, mon collègue accepte ces règles et les interprète comme établissant que, lorsque le tireur ne veut pas que le preneur nommé reçoive paiement, le preneur est fictif et la lettre doit être interprétée comme payable au porteur. Appliquant cette proposition aux faits de la présente affaire, il affirme que l'intention de la signataire, M^{me} Alm, ne peut pas être assimilée à celle du tireur, les compagnies appelantes, étant donné qu'elle n'est pas l'âme dirigeante de ces compagnies. En conséquence, la quatrième règle s'applique et les preneurs ne sont pas fictifs au sens du par. 20(5).

La proposition contenue au par. 20(5) en ce qui a trait aux actes d'employés malhonnêtes a abondamment retenu l'attention des tribunaux, à commencer par l'arrêt de la Chambre des lords *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, jusqu'aux arrêts de notre Cour *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456, et *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488. Il est juste de dire que la quatrième règle du doyen Falconbridge, qui vise le cas de l'employé malhonnête, ne reflète qu'un raisonnement dans la jurisprudence (voir *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, et *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (C.A. Ont.)), et ne tient pas compte des diverses décisions qui sont allées dans le sens contraire (voir *London Life Insurance Co. c. Molsons Bank (1904)*, 8 O.L.R. 238 (C.A.), et *Metropolitan Life Insurance Co. c.*

tan Life Insurance Co. v. Quebec Bank (1916), 50 C.S. 214). This fact has been acknowledged in the latest edition of the textbook (Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 2), where the editor, Bradley Crawford, is critical both of the fourth rule and the cases that have produced it (at pp. 1259 and 1261):

The Canadian courts have been led into error by Warrington J. in *Vinden v. Hughes* and Dean Falconbridge's endorsement of that judgment in early editions of this treatise.

It is probably of no use to point out that Falconbridge's fourth proposition never was in accord with the actual result in *Vagliano's* case where, it may be recalled, the acceptor was deceived by his clerk into signing bills he thought represented real transactions with real persons.

94

The problem with any black letter rule of law is that it offers no insight into the competing interests that underlie the conflict it allegedly resolves. Unfortunately, the cases that led to the formulation of Falconbridge's fourth rule, and those that have applied it, have by and large also failed to consider these competing interests as well as the policy considerations inherent in the conflict. In the case of s. 20(5), the underlying conflict that arises when trying to decide its scope and application is that of the allocation of loss as between the accepting bank and the drawer of a fraudulent cheque. This conflict becomes ripe when it is an employee of the drawer, or a third person, that perpetrates the fraud and the loss must be borne by one of two innocent parties: the employer/drawer or the accepting bank.

95

As between the employer/drawer and the accepting bank, the questions are who should bear the risk of any loss and who is in the best position to minimize that risk. The answer to both these questions must, I suggest, be the employer/drawer. In cases such as the one at bar the accepting bank usually receives the fraudulent cheques from the hands of one of its customers who passes himself or herself off as the endorsee or holder of the

Quebec Bank (1916), 50 C.S. 214). Ce fait a été reconnu dans la dernière édition de Crawford et Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 2, où le directeur, Bradley Crawford, critique à la fois la quatrième règle et la jurisprudence dont elle émane (aux pp. 1259 et 1261):

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens ont été induits en erreur par le juge Warrington dans *Vinden c. Hughes* et par l'approbation de cet arrêt que le doyen Falconbridge a donnée dans les premières éditions du présent traité.

Il est probablement inutile de souligner que la quatrième proposition de Falconbridge n'a jamais été conforme au résultat réel de l'arrêt *Vagliano*, dans lequel, on s'en souviendra, l'accepteur a été amené par son commis à signer des effets qui, croyait-il, représentaient des transactions réelles avec des personnes réelles.

Le problème que pose toute règle de droit immuable réside dans le fait qu'elle ne donne aucun aperçu des intérêts opposés qui sous-tendent le conflit qu'elle est censée résoudre. Malheureusement, la jurisprudence qui a conduit à la formulation de la quatrième règle de Falconbridge et celle qui l'a appliquée n'ont pas non plus, de façon générale, tenu compte de ces intérêts opposés, ni des considérations de principe inhérentes au conflit. Dans le cas du par. 20(5), le conflit sous-jacent à toute tentative d'en déterminer la portée et l'application réside dans la répartition de la perte entre la banque qui a accepté un chèque frauduleux, et le tireur de ce chèque. Ce conflit atteint son paroxysme quand c'est un employé du tireur, ou un tiers, qui commet la fraude et que la perte doit être assumée par l'une de deux parties innocentes: l'employeur-tireur ou la banque-accepteur.

En ce qui concerne l'employeur-tireur et la banque-accepteur, il faut se demander qui doit assumer le risque de perte et qui est le mieux placé pour réduire au minimum ce risque. À ces deux questions, il faut, selon moi, répondre: l'employeur-tireur. Dans un cas comme celui qui nous occupe, la banque-accepteur reçoit habituellement les chèques frauduleux de l'un de ses clients qui se fait passer pour l'endossataire ou le détenteur du

cheque. Since the named payee is generally a stranger to the bank, the requirement of an endorsement on the cheque will more often than not be ineffective in protecting against fraud. As demonstrated by the facts of this case, it is easy enough for the perpetrator to forge the endorsement of the named payee and there is no way for the bank to verify the authenticity of the signature. On the other hand, the drawer/employer is in a much better position to put a stop to fraud of this type and is at least in an equal position to bear any loss. As a matter of course, any risk of loss on the part of a large corporation is generally covered by fidelity insurance. It is also possible for large scale fraud to be discovered through audits or other protective measures. If the drawer is a small company, as in the case at bar, then it is in an excellent position to detect the fraud at an early stage and in that way minimize the loss. From the facts of the present case it is clear that the only reason Ms. Alm was able to continue her illegal activities for such a long time was because no internal or independent audit was ever conducted by the appellants; nor was there a routine inspection of the cheque register or monthly bank statements. In short, the party in the best position to stop the fraudulent activity was, and generally is, the drawer/employer. In such a situation it makes sense to allocate the risk of loss to the drawer so that the proper steps can be taken to minimize such losses.

The problem with allocating the loss to the accepting bank is that it removes all incentive from a corporation to pursue business practices that will minimize such losses. Furthermore it has the effect of putting the accepting bank in the position of fidelity insurer for the appellants. I can see no justification for such a step. There is no doubt that the chartered banks, and trust companies for that matter, benefit from the existence of the chequing system. However it is also true that the business community in general also depends on the same

chèque. Puisque le preneur nommé est généralement un étranger pour la banque, l'exigence d'endossement du chèque s'avère le plus souvent un moyen inefficace de la protéger contre la fraude. Comme le montrent les faits de la présente affaire, le fraudeur peut assez aisément falsifier l'endossement du preneur nommé et la banque n'a aucun moyen de vérifier l'authenticité de la signature. En revanche, l'employeur-tireur est beaucoup mieux placé pour mettre fin à ce genre de fraude et est au moins aussi bien placé pour assumer toute perte subie. Il va sans dire que tout risque de perte auquel est exposée une grande entreprise est généralement couvert par une assurance contre les détournements. Il est également possible de déceler la fraude sur grande échelle par des vérifications et d'autres mesures de protection. Si le tireur est une petite entreprise, comme c'est le cas en l'espèce, il est alors très bien placé pour déceler rapidement la fraude et pour réduire ainsi au minimum la perte. Il ressort clairement des faits de la présente affaire que si M^{me} Alm a été en mesure de poursuivre ses activités illégales pendant aussi longtemps, c'est uniquement parce que les appelantes n'ont jamais effectué de vérification interne ou indépendante, et qu'il n'y a eu aucune inspection systématique du registre des chèques ou des relevés bancaires mensuels. Bref, la partie la mieux placée pour mettre fin à l'activité frauduleuse était, et est en règle générale, l'employeur-tireur. En pareil cas, il est logique de faire assumer le risque de perte par le tireur de manière à pouvoir prendre les mesures appropriées pour réduire au minimum ces pertes.

Le problème qui se pose en faisant assumer la perte par la banque-accepteur, c'est que cela enlève à une société toute incitation à poursuivre des pratiques commerciales propres à réduire au minimum ces pertes. De plus, la banque-accepteur se voit ainsi obligée de jouer le rôle d'assureur des appelantes contre les détournements. Je ne vois rien qui justifie une telle mesure. Il n'y a pas de doute que les banques à charte, tout comme les sociétés de fiducie, tirent profit de l'existence du régime de chèques. Toutefois, il est également vrai

chequing system to facilitate the function of commerce.

que le milieu des affaires en général compte lui aussi sur le même régime de chèques pour faciliter le commerce.

97

A second problem with allocating the loss to the accepting bank is that it does not fit in well with the general scheme of bills of exchange. The essence of a bill of exchange is its negotiability and the finality of payment inherent to such a negotiation. Imposing liability on the accepting bank rather than upon the party in the position to stop the fraud is inconsistent with these policies. Whether one is talking about the situation where a signing officer has acted fraudulently, or the situation where a payroll clerk induces an innocent signing officer to sign a fraudulent cheque, allocating the loss to the accepting bank would create a situation where the bank would be required to verify the validity of every single cheque it receives involving a corporate drawer. Applying such a scheme to the facts of the present case would have demanded that every time the respondent received a cheque drawn by the appellants it should have called the president of the appellants, Boris Mange, and verified with him that the appellants had truly intended to issue the cheque to the payee. Besides being impractical, such a procedure is simply not in keeping with the purpose or the scheme of the Act.

Le deuxième problème qui se pose en faisant assumer la perte par la banque-accepteur, c'est que cela ne cadre pas bien avec l'économie du régime des lettres de change. L'essence d'une lettre de change est sa négociabilité et l'irrévocabilité du paiement inhérent à la négociation de cette lettre. Imposer la responsabilité à la banque-accepteur plutôt qu'à la partie qui est en mesure de mettre fin à la fraude est incompatible avec ces principes. Peu importe qu'il soit question du cas où un signataire autorisé a agi frauduleusement, ou de celui où un préposé à la paie amène un signataire autorisé innocent à signer un chèque frauduleux, faire assumer la perte par la banque-accepteur engendrerait une situation où cette dernière serait tenue de vérifier la validité de chaque chèque tiré par une personne morale qui lui serait présenté. Si pareil régime avait été appliqué aux faits de la présente affaire, l'intimée aurait été tenue, chaque fois qu'elle aurait reçu un chèque des appelantes, de communiquer avec leur président, Boris Mange, pour s'assurer que les appelantes avaient vraiment eu l'intention d'émettre le chèque au preneur. En plus de ne pas être pratique, cette façon de procéder est simplement contraire à l'objet ou à l'économie de la Loi.

98

Notwithstanding what I see as the convincing policy arguments in favour of imposing the loss on the drawer/employer, I remain bound by this Court's decision in *Concrete Column, supra*. In that case a majority of the Court held that where a payroll clerk had fraudulently filled out company cheques, and then fraudulently induced a signing officer to sign those cheques, they did not fall within the scope of s. 20(5). The intent of the payroll clerk was not the intent of the drawer; when he signed the cheques the latter had actually intended the named payees to receive payment. On its face the majority judgment endorses the fourth of Falconbridge's rules, but as Laskin C.J. noted in

Malgré ce que je considère comme des arguments de principe convaincants qui justifient de faire assumer la perte par l'employeur-tireur, je demeure lié par l'arrêt de notre Cour *Concrete Column*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour à la majorité a décidé que, lorsqu'un préposé à la paie a tiré frauduleusement des chèques d'une compagnie, pour ensuite amener frauduleusement un signataire autorisé à les signer, ces chèques ne sont pas visés par le par. 20(5). L'intention du préposé à la paie n'était pas l'intention du tireur; quand il a signé les chèques, ce dernier voulait vraiment que les preneurs nommés reçoivent paiement. À première vue, l'arrêt majoritaire sanctionne la quatrième règle de Falconbridge, mais, comme le fait observer le juge en chef Laskin dissident, cette

dissent, this rule encompasses at least three different fact scenarios. At pp. 477-78, he stated:

In approaching this issue, I would distinguish three situations which have been treated in the case law and in the leading textbook in this country, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, *supra*, as not warranting differentiation. Thus, in the fourth proposition quoted above from that textbook, the author speaks of the fraud of "some other person", that is, other than the drawer, which induced the drawing of the bill in the illustration there given. That person may, however, be a third person, as he was in the *Agricultural Savings and Loan Association* case, as he was in the *Macbeth* case, as he was in *Bank of Toronto v. Smith* and as he was in the *Barbeau* case; or he may be an employee who has been authorized to issue negotiable instruments, as in the *Bromont* case; or he may be an employee who has no authority to issue negotiable instruments but, on the other hand, is charged with the duty of making up the payroll for presentation to those authorized to issue cheques in the name of the drawer.

I agree with this distinction, though again for policy reasons I do not believe that the second and third scenarios should lead to different conclusions. However the fact situation in *Concrete Column* fell squarely within the third scenario. Similarly, the three cheques out of the 41 which Ms. Alm fraudulently produced and then induced Boris Mange to sign are also examples of the third scenario. Therefore, with respect to these three cheques only, having a combined face value of \$1,655.17, the respondent's defence under this section must fail in light of the majority's decision in *Concrete Column*. However the remaining 38 cheques which Ms. Alm made out to existing employees, and which she herself signed in her capacity as a signing officer, are examples of the second scenario set out by Laskin C.J. in *Concrete Column* and do not fall within the scope of the majority's decision in that case.

With respect I must disagree with my colleague's conclusion that Ms. Alm's fraudulent intent as the signing officer cannot be equated to

règle englobe au moins trois scénarios différents. Aux pages 477 et 478, il dit ceci:

Sur ce point, je dois distinguer trois situations que la jurisprudence et l'ouvrage qui fait autorité en ce pays, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, précité, ont traité sur le même pied. Dans la quatrième proposition citée précédemment et extraite de Falconbridge, celui-ci parle des manœuvres frauduleuses «d'une autre personne», c'est-à-dire une personne autre que le tireur qui, dans l'exemple donné, a provoqué l'émission de la lettre de change. Cette personne peut être un tiers comme ce fut le cas dans l'affaire *Agricultural Savings and Loan Association*, dans l'affaire *Macbeth*, dans l'affaire *Bank of Toronto v. Smith* ainsi que dans l'affaire *Barbeau*; elle peut être un employé autorisé à émettre des effets de commerce négociables comme dans l'affaire *Bromont* ou, encore, elle peut être un employé qui n'est pas autorisé à émettre des effets de commerce négociables mais qui, d'autre part, est chargé de préparer les feuilles de paie qui seront présentées aux personnes autorisées à émettre les chèques au nom du tireur.

Je souscris à cette distinction, quoique, encore une fois pour des raisons de principe, je ne crois pas que les deuxième et troisième scénarios devraient mener à des conclusions différentes. Toutefois, la situation factuelle dans *Concrete Column* correspondait exactement au troisième scénario. De même, les trois chèques, sur les 41, que M^{me} Alm a rédigés frauduleusement, pour ensuite inciter Boris Mange à les signer, constituent également des exemples du troisième scénario. Par conséquent, en ce qui concerne ces trois chèques seulement, dont la valeur nominale totale s'élève à 1 655,17 \$, le moyen de défense que l'intimée a invoqué en vertu de cette disposition doit échouer, compte tenu de l'arrêt majoritaire rendu dans l'affaire *Concrete Column*. Cependant, les 38 autres chèques payables à des employés existants, que M^{me} Alm a rédigés et qu'elle a elle-même signés en sa qualité de signataire autorisée, sont des exemples du deuxième scénario énoncé par le juge en chef Laskin dans *Concrete Column* et ne sont pas visés par l'arrêt majoritaire rendu dans cette affaire.

En toute déférence, je me dois d'exprimer mon désaccord avec la conclusion de mon collègue que l'intention frauduleuse de M^{me} Alm, à titre de

the intent of the drawer, the appellant companies. As I understand it, the application of the law of agency leads to the inevitable conclusion that where the fraudulent employee is a signing officer of the drawer, then his or her intent must be taken as being the intent of the drawer. This issue was canvassed by Laskin C.J. in *Concrete Column*, where he reviewed the law of agency and of vicarious liability in tort. In particular, he thus addressed those situations where in the course of employment an employee defrauds a third party, at pp. 478-79:

Agency law, especially as it relates to vicarious liability in tort, has long ago departed from strict conceptions of authority (see, for example, *Limpus v. London General Omnibus Co.* [(1862), 1 H. & C. 526, aff'd 9 Jur. N.S. 333]) and has, similarly, departed from notions of benefit or detriment so that an employer may be held vicariously liable to a person injured by his employee's negligence, even though the employee has, while acting within the scope of his employment, carried out his duties in a way expressly prohibited by the employer: see, for example, *Lockhart v. Stinson and C.P.R.* [[1941] S.C.R. 278, aff'd [1942] A.C. 591]; and cf. *Rose v. Plenty* [[1976] 1 All E.R. 97].

Again, even where the employee defrauds a third person, his employer may have to answer for the fraud, as was the case in *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* [[1912] A.C. 716], where a solicitor's clerk, acting in the course of his employment, and held out as authorized to deal with clients of the solicitor, defrauded a client of her property. The principle underlying this and other cases is an old one, based on a broad rule of policy, stated for England nearly three hundred years ago in *Hern v. Nichols* [(1708), 1 Salk. 289, 91 E.R. 256] and restated in fuller terms by the House of Lords in *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, *supra*. There, Lord Shaw of Dunfermline put it as follows (at pp. 739-40):

The case is in one respect the not infrequent one of a situation in which each of two parties has been betrayed or injured by the fraudulent conduct of a third. I look upon it as a familiar doctrine as well as a safe general rule, and one making for security instead of uncertainty and insecurity in mercantile dealings, that the loss occasioned by the fault of a third person in such circumstances ought to fall upon the one of the two parties who clothed that third person as agent

signataire autorisée, ne saurait être assimilée à l'intention du tireur, les compagnies appelantes. Si je comprends bien, l'application du droit des mandats nous amène inévitablement à conclure que, lorsque l'employé malhonnête est un signataire autorisé du tireur, son intention doit alors être considérée comme étant celle du tireur. Le juge en chef Laskin a étudié cette question dans l'arrêt *Concrete Column*, quand il a examiné le droit des mandats et les principes de la responsabilité du fait d'autrui ou responsabilité patronale. Il a notamment examiné les situations où, dans l'exercice de ses fonctions, un employé fraude une tierce partie (aux pp. 478 et 479):

Le droit du mandat s'est depuis longtemps écarté du concept restrictif du pouvoir, surtout en ce qui a trait à la responsabilité patronale en matière délictuelle (voir, par exemple, *Limpus v. London General Omnibus Co.* [(1862), 1 H. & C. 526, conf. 9 Jur. N.S. 333]). On a semblablement écarté les notions d'avantage ou de préjudice, de sorte qu'un employeur peut être tenu responsable envers une personne blessée par la négligence de son employé même si ce dernier, agissant dans le cadre de son emploi, a accompli sa tâche d'une façon expressément interdite par l'employeur: voir, par exemple, *Lockhart c. Stinson et la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique* [[1941] R.C.S. 278, conf. [1942] A.C. 591]; et cf. *Rose v. Plenty* [1976] 1 All E.R. 97].

De plus, l'employeur peut avoir à répondre de la fraude commise par son employé envers un tiers, comme ce fut le cas dans *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* [[1912] A.C. 716], où le commis d'un avocat a escroqué deux immeubles à une cliente alors qu'il agissait dans le cadre de son emploi et se déclarait autorisé à négocier avec les clients de l'avocat. Cette décision-là ainsi que plusieurs autres sont fondées sur un vieux principe général énoncé en Angleterre il y a près de trois siècles dans *Hern v. Nichols* [(1708), 1 Salk. 289, 91 E.R. 256] et que lord Shaw of Dunfermline a reformulé de façon plus complète dans *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, précité (aux pp. 739-740):

[TRADUCTION] Sous un rapport, cette cause nous présente la situation assez fréquente où chacune des deux parties a été trahie ou lésée par les manœuvres frauduleuses d'un tiers. Je considère comme une doctrine connue, comme une bonne règle générale, facteur de sécurité plutôt que d'incertitude et de risque dans les relations commerciales, le principe que la perte causée par la faute du tiers en de telles circonstances doit être supportée par celle des deux parties

with the authority by which he was enabled to commit the fraud

This Court too has recognized the principle, as witness *The Queen v. Levy Bros. Ltd.* [[1961] S.C.R. 189], at p. 192, where Ritchie J. quoted with approval the following passage from *Story on Agency* (7th ed.) para. 452:

. . . he (the principal) is held liable to third persons in a civil suit for the frauds, deceits, concealments, misrepresentations, torts, negligences, and other malfeasances, or misfeasances, and omissions of duty, of his agent, in the course of his employment, although the principal did not authorize, or justify, or participate in, or, indeed, know of such misconduct, or even if he forbade the acts, or disapproved of them.

In the present case there is no question that Ms. Alm acted beyond the ambit of what the appellants had in mind when she prepared and signed cheques made out to payees who were not their creditors. However it is equally clear that to the eyes of a third party she would have had the apparent authority to sign the cheques as she was an acknowledged signing officer of both Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd. The general rule of agency is that a principal is bound by the acts of an agent when that agent is acting within the scope of his or her ordinary or apparent authority. The agent does not cease to bind the principal when he or she acts fraudulently in furtherance of his or her own purposes. That this is the law in Canada was acknowledged in *Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. Engelhard Industries of Canada Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 787, where Laskin C.J., speaking for the Court on this point, stated at p. 797:

There is, of course, no doubt in my mind that if an agent, in the exercise of an admitted authority in him in respect of his ordinary duties acts for his own benefit, his principal cannot deny liability for contracts he purports to make on behalf of the principal. It is only in such circumstances or where there is a representation from the principal that puts the agent in a position to act beyond the authority reposed in him that the principal can be bound.

In light of this principle, I am unable to see how the intent of Ms. Alm is not also the intent of the

qui a mandaté ce tiers et l'a investi du pouvoir dont il s'est servi pour commettre la fraude

Cette Cour a également reconnu ce principe, comme en témoigne l'arrêt *La Reine c. Levy Bros. Ltd.* [[1961] R.C.S. 189], à la p. 192 où le juge Ritchie a cité approbativement le passage suivant de *Story on Agency* (7^e éd.) par. 452:

[TRADUCTION] . . . dans une poursuite civile, il (le mandant) est responsable envers le tiers des fraudes, des supercheries, des réticences, des fausses déclarations, des délits, des négligences, des méfaits ou omissions de son mandataire, dans l'exercice de ses fonctions, même si le mandant n'a pas autorisé, légitimé ou couvert ces actes, même s'il ne les connaissait pas ou même s'il les avait interdits ou désapprouvés.

En l'espèce, il n'y a aucun doute que M^{me} Alm est allée au-delà de ce que les appelantes avaient à l'esprit quand elle a rédigé et signé les chèques payables à des preneurs qui n'étaient pas leurs créanciers. Toutefois, il est également clair qu'aux yeux d'une tierce partie elle était apparemment autorisée à signer les chèques, car elle était une signataire reconnue de Boma Manufacturing Ltd. et de Panabo Sales Ltd. Selon la règle générale du mandat, le mandant est lié par les actes du mandataire si ce dernier agit dans les limites de ses pouvoirs ordinaires ou apparents. Le mandataire ne cesse pas de lier le mandant s'il agit frauduleusement pour ses propres fins. On a reconnu que c'était là l'état du droit au Canada, dans *Canadian Laboratory Supplies Ltd. c. Engelhard Industries of Canada Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 787, où le juge en chef Laskin affirme, au nom de la Cour sur ce point, à la p. 797:

Il est à mon avis incontestable que si, dans l'exercice de pouvoirs conférés dans le cadre de ses fonctions ordinaires, un mandataire agit dans son propre intérêt, son commettant ne peut se dégager de toute responsabilité à l'égard des contrats que le mandataire a prétendu faire en son nom. C'est uniquement dans de telles circonstances que le commettant est lié ou encore lorsqu'il a donné lieu de croire que le mandataire avait le pouvoir de faire ce qui excède son mandat.

Vu ce principe, je ne puis voir pourquoi l'intention de M^{me} Alm n'est pas non plus celle des appe-

appellants, the drawer of the cheques. Ms. Alm was held out by the appellants as a signing officer and the very essence of this representation of agency was that to the outside world the intent of Ms. Alm was the intent of the appellants when it came to the issuing of cheques. Interestingly enough, this position is implicit in the majority's decision in *Concrete Column* where it was the intent of a signing officer that was held to be the intent of the respondent corporation/drawer, even though there was no indication that the signing officer in that case was a guiding mind of the corporation. There is simply no authority for the position adopted by my colleague on this point. Nor should there be, given the principles of the law of agency stated above. As a result, I find that the 38 cheques prepared and signed by Ms. Alm, and payable by way of pretence to employees of the appellants, are payable to fictitious persons within the meaning of s. 20(5) of the Act and in consequence must be treated as payable to bearer. As such the respondent is a holder in due course of these cheques and cannot be liable to the appellants for conversion.

lantes qui sont le tireur des chèques. Madame Alm était considérée comme une signataire autorisée par les appelantes et l'essence de ce mandat faisait en sorte que, pour le monde extérieur, l'intention de M^{me} Alm était l'intention des appelantes lorsqu'il s'agissait d'émettre des chèques. Fait assez intéressant, ce point de vue est implicite dans l'arrêt majoritaire rendu dans l'affaire *Concrete Column*, où c'est l'intention d'un signataire qui a été considérée comme celle de la société-tireur intimée, bien que rien n'ait indiqué, dans cette affaire, que le signataire était une âme dirigeante de la société. Il n'y a simplement rien qui appuie la position de mon collègue sur ce point, et rien ne devrait l'appuyer, compte tenu des principes du droit des mandats énoncés plus haut. En définitive, je conclus que les 38 chèques rédigés et signés par M^{me} Alm, et apparemment payables à des employés des appelantes, sont payables à des personnes fictives au sens du par. 20(5) de la Loi et qu'ils doivent donc être tenus pour payables au porteur. L'intimée est donc le détenteur régulier de ces chèques et ne saurait être responsable de détournement envers les appelantes.

103

The above discussion is based on the premise that the loss must be borne in its entirety by one party or the other. However, I am not yet prepared to discount the possibility that in a proper case the loss should be apportioned between the employer/drawer and the accepting bank. There is much to be said for the view that this would be the fairer course. One, but possibly not the only, vehicle that would allow this to occur would be a suit in negligence. In a suit in negligence apportionment is specifically provided for through the mechanism of contributory negligence. The principal difficulty with such an approach is that the courts in both England and Canada have traditionally been unwilling to find that a duty of care exists between the rightful owner of a cheque and an accepting bank (see Crawford and Falconbridge, *supra*, at p. 1040). However, that type of reasoning is reminiscent of the time before the law could take contributory negligence into account by virtue of either legislation or judicial development.

L'analyse qui précède est basée sur la prémisse que la perte doit être assumée entièrement par l'une ou l'autre des parties. Toutefois, je ne suis pas encore disposé à écarter la possibilité que, si les circonstances s'y prêtent, la perte soit répartie entre l'employeur-tireur et la banque-accepteur. Il y a bien des raisons de soutenir que cette solution serait la plus juste. Une solution, peut-être pas la seule, qui permettrait de réaliser cela serait d'intenter une action pour négligence. Dans une telle action, la répartition est expressément prévue grâce au mécanisme de la négligence contributive. La principale difficulté que pose cette solution réside dans le fait que, traditionnellement, les tribunaux, tant anglais que canadiens, ont refusé de conclure à l'existence d'une obligation de diligence entre le propriétaire légitime d'un chèque et la banque qui accepte ce chèque (voir Crawford et Falconbridge, *op. cit.*, à la p. 1040). Toutefois, ce type de raisonnement nous rappelle la situation qui existait avant que le droit puisse tenir compte de la négligence contributive en vertu de la loi écrite ou de l'évolution de la jurisprudence.

Though the appellants in the present case originally alleged both conversion and negligence, and contributory negligence was pleaded by the respondent in turn, I need not enter further into the issue. The negligence action was dismissed by the trial judge and not pursued on appeal. Even if the negligence action were before us, or contributory negligence could otherwise be raised, the worst that can be said about the respondent is that it failed to follow its internal policy in accepting cheques for deposit that had not been endorsed. However the evidence is clear that the requirement for an endorsement was no obstacle to Ms. Alm's activities and thus any negligence on the part of the respondent was not causally linked to the appellants' loss. In short, assuming it is possible to do so, this is not an appropriate case for apportionment.

Non-Existent Persons

The majority of the cheques in this case, 114 in total, are not cheques to an existing person at all but rather to an imaginary person created by Ms. Alm for her own purposes. Unlike the debate surrounding the interpretation of a fictitious person, the concept of a non-existent person within the meaning of s. 20(5) is well settled: if the payee on a cheque is a matter of pure invention and not a real person then the payee is non-existent. There is no support for the position that this is a subjective test based on what the signor of a cheque believes is true; rather it is an objective question of fact — is the payee an invention of the employee? (see Crawford and Falconbridge, *supra*, at p. 1264, and *Clutton v. George Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.)). This question was never addressed by either the trial judge or the Court of Appeal. In the reasons of both these courts there is no more than the recitation from paragraph 45 of the Agreed Statement of Facts that Boris Mange knew that the appellants engaged a subcontractor named Lam, "but had either forgotten, or never knew, his first name or initials". In this light I can-

104
 Quoique les appelantes, en l'espèce, aient d'abord allégué tant le détournement que la négligence, et que l'intimée ait, à son tour, plaidé la négligence contributive, je n'ai pas à m'étendre davantage sur la question. L'action pour négligence a été rejetée par le juge de première instance et n'a pas été continuée en appel. Même si l'action pour négligence nous avait été soumise, ou si la négligence contributive pouvait être invoquée par ailleurs, la pire chose qu'on pourrait dire au sujet de l'intimée est qu'elle n'a pas suivi sa politique interne en acceptant pour dépôt des chèques non endossés. Toutefois, il ressort clairement de la preuve que l'exigence d'endossement n'a pas fait obstacle aux activités de M^{me} Alm et que, par conséquent, il n'y avait aucun lien de causalité entre une quelconque négligence de la part de l'intimée et la perte des appelantes. Bref, à supposer que ce soit possible, la présente affaire ne se prête pas à une répartition de la perte.

Personnes qui n'existent pas

105
 En l'espèce, la majorité des chèques, soit 114 au total, ne sont absolument pas des chèques à l'ordre d'une personne existante, mais sont plutôt des chèques payables à une personne fictive créée par M^{me} Alm pour ses propres fins. Contrairement au débat qui entoure l'interprétation de ce qu'est une personne fictive, la notion de personne qui n'existe pas au sens du par. 20(5) est bien arrêtée: si le preneur d'un chèque relève de la pure invention et n'est pas une personne réelle, ce preneur n'existe pas. Rien ne permet d'affirmer qu'il s'agit d'un critère subjectif fondé sur ce que le signataire du chèque croit vrai; il s'agit plutôt d'une question de fait objective — le preneur a-t-il été inventé par l'employé? (voir Crawford et Falconbridge, *op. cit.*, à la p. 1264, et *Clutton c. George Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.)). Cette question n'a été abordée ni par le juge de première instance, ni par la Cour d'appel. Dans les motifs de ces deux tribunaux, on s'est contenté de citer le paragraphe 45 de l'exposé conjoint des faits qui précise que Boris Mange savait que les appelantes avaient retenu les services d'un sous-traitant du nom de «Lam», [TRADUCTION] «mais [qu'il] avait oublié ou n'avait jamais su son prénom ou ses ini-

not agree that the trial judge's comments on this point were tantamount to a finding of fact.

106

On the basis of the Agreed Statement of Facts, there is no doubt that Boris Mange did not know a D. Lam, J. Lam, or J. R. Lam. It may well be that he thought they were the same person as his contractor Van Sang Lam, but that is not the question that needs to be asked. What is determinative is that on an objective standard the payees were non-existent to the knowledge of the signor, whether that be Ms. Alm or Boris Mange. I note that paragraph 43 of the Agreed Statement of Facts states that no person with the name D. Lam, J. Lam or J. R. Lam was known to the appellants, while paragraph 46 of the Agreed Statement of Facts says that Boris Mange simply assumed that the cheques payable to J. Lam and J. R. Lam were payable to the appellants' subcontractor with the last name of Lam. As a result, the remaining 114 cheques clearly fall within the scope of s. 20(5) of the Act and are to be treated as payable to bearer. Therefore the respondent is a holder in due course of these cheques and has a complete defence against the action of the appellants.

Section 165(3) — The Bank as a Holder in Due Course

107

The second ground of defence raised by the respondent bank is that it has the rights of a holder in due course of the subject cheques via the operation of s. 165(3) of the Act, which reads as follows:

165. . . .

(3) Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

At first sight, this provision appears to remove from an accepting bank the obligation of satisfying the general requirements for becoming a holder in due course set out in s. 55 of the Act: namely that the cheque must be taken by negotiation, for value,

tiales». Compte tenu de cela, je ne puis convenir que les observations du juge de première instance sur ce point représentaient une conclusion de fait.

Compte tenu de l'exposé conjoint des faits, il n'y a pas de doute que Boris Mange ne connaissait aucun D. Lam, J. Lam ou J. R. Lam. Il se peut bien qu'il ait cru qu'il s'agissait de son sous-traitant Van Sang Lam, mais ce n'est pas la question qu'il faut se poser. Ce qui est déterminant, c'est que, selon une norme objective, les preneurs n'existaient pas à la connaissance du signataire, peu importe que ce fût M^{me} Alm ou Boris Mange. Je remarque que le paragraphe 43 de l'exposé conjoint des faits précise que les appelantes ne connaissaient personne du nom de D. Lam, J. Lam ou J. R. Lam, alors que le paragraphe 46 du même exposé dit que Boris Mange a simplement supposé que les chèques payables à J. Lam et à J. R. Lam étaient payables au sous-traitant des appelantes, dont le nom de famille était «Lam». En définitive, les 114 autres chèques sont clairement visés par le par. 20(5) de la Loi et doivent être considérés comme payables au porteur. Par conséquent, l'intimée est le détenteur régulier de ces chèques et jouit d'un moyen de défense complet contre l'action des appelantes.

Le paragraphe 165(3) — La banque en tant que détenteur régulier

Le second moyen de défense invoqué par la banque intimée est qu'elle possède les droits d'un détenteur régulier des chèques en cause, en vertu du par. 165(3) de la Loi, qui est ainsi conçu:

165. . . .

(3) Lorsqu'un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d'une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

À première vue, cette disposition semble soustraire une banque-accepteur à l'obligation de remplir les conditions générales fixées, à l'art. 55 de la Loi, pour devenir un détenteur régulier: savoir que le chèque doit être pris par négociation, à titre oné-

and in good faith. In the case of a cheque payable to order, negotiation would require the valid endorsement of the payee or endorsee. By removing the need for these requirements, it may be said that s. 165(3) effectively removes any difference between a cheque payable to order and one payable to bearer; as long as the cheque is delivered to the accepting bank, and the depositor's account is credited with the amount of the cheque, the bank has the rights of a holder in due course of the cheque and takes the cheque free of any defect of title.

So interpreted, s. 165(3) would amount to a sweeping grant of powers to the banks, a possibility that has received almost unanimous condemnation and persistent calls for reform since its introduction into the Act in 1966 (see S. Scott, "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78; S. Martin, "Section 165(3) of the Bills of Exchange Act" (1985), 11 *C.B.L.J.* 23; Law Reform Commission of Canada, *The Cheque: Some Modernization* (1979)).

My colleague has attempted to restrict the scope of the section by interpreting the word "person" as being limited to the payee or the legitimate endorsee of the payee of the cheque only, with the result that the provision would be of no help to the respondent in the present case. The word "person" is clearly capable of diverse meanings depending on the circumstance in which it is used. Where a court is faced with the situation where there is more than one possible construction of the statutory provision before it, and the result of one construction would lead to manifest absurdity or injustice (see E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 47, and *Grey v. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 60), it is well established that a court will adopt the construction that does not lead to that result, even though the words used would strongly favour the alternative construction; see, for example, *Caledonian Railway Co. v. North British Railway Co.* (1881), 6 App. Cas. 114 (H.L.). The situation here militates in favour of this approach. There is no question that if s. 165(3)

reux et de bonne foi. Dans le cas d'un chèque payable à ordre, la négociation requiert l'endossement valide du preneur ou de l'endossataire. On peut dire qu'en supprimant la nécessité de remplir ces conditions, le par. 165(3) supprime effectivement toute différence entre un chèque payable à ordre et un chèque payable au porteur; dans la mesure où le chèque est livré à la banque-accepteur et où le montant du chèque est porté au crédit du déposant, la banque jouit des droits d'un détenteur régulier du chèque et prend le chèque exempt de tout vice de titre.

Interprété ainsi, le par. 165(3) représenterait une attribution générale de pouvoirs aux banques, une possibilité qui fait l'objet de réprobation quasi unanime et d'appels répétés à la réforme depuis son insertion dans la Loi en 1966 (voir S. Scott, «The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History» (1973), 19 *R.D. McGill* 78; S. Martin, «Section 165(3) of the Bills of Exchange Act» (1985), 11 *C.B.L.J.* 23; Commission de réforme du droit du Canada, *Le chèque: un peu plus moderne* (1979)).

Mon collègue a tenté de limiter la portée de la disposition en interprétant le mot «personne» comme s'entendant uniquement du preneur ou de l'endossataire légitime du preneur du chèque, de sorte que la disposition serait inutile à l'intimée en l'espèce. Le mot «personne» est nettement susceptible d'avoir plusieurs sens selon le contexte dans lequel il est utilisé. Si un tribunal se trouve dans une situation où la disposition législative dont il est saisi peut être interprétée de plus d'une façon, et qu'une interprétation donnée conduirait à une absurdité ou à une injustice flagrante (voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 47, et l'arrêt *Grey c. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 60), il est bien établi qu'il adoptera celle qui ne produit pas ce résultat, même si les mots employés militeraient fortement en faveur de l'autre interprétation; voir, par exemple, *Caledonian Railway Co. c. North British Railway Co.* (1881), 6 App. Cas. 114 (H.L.). La situation en l'espèce milite en faveur de cette solution. Il n'y a pas de doute que, si l'on attribue au par. 165(3) la portée que précé-

108

109

is given the scope advanced by the respondent it will both be in disharmony with the general scheme for cheques set out in the Act, and has the potential for inflicting considerable injustice on the drawers of cheques. On the other hand, the interpretation adopted by my colleague avoids these results and is in keeping with the apparent intent of Parliament in introducing the section: the desire to protect banks in those situations where a cheque is restrictively endorsed or where the payee fails to endorse a cheque upon presenting it to an accepting bank for deposit. Neither of these situations is present in the case at bar.

110

Accordingly I would dismiss the appeal and the cross-appeal, both with costs. Based on my findings with respect to the application of s. 20(5) I would have reduced the judgment of the Court of Appeal in favour of the appellants from \$5,390.12 to \$1,655.17, this amount being the face value of the three cheques fraudulently prepared by Ms. Alm but signed by Boris Mange in favour of existing employees. However the respondent did not cross-appeal on this issue and the judgment of the Court of Appeal shall stand as is.

Appeal allowed, LA FOREST and MCLACHLIN JJ. dissenting, and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Baumgartel Gould, New Westminster, B.C.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

nise l'intimée, il sera à la fois incompatible avec l'économie du régime des chèques établi dans la Loi et susceptible de causer une grave injustice aux tireurs de chèques. Par ailleurs, l'interprétation adoptée par mon collègue permet d'éviter ces résultats et est conforme à l'intention apparente que le législateur avait lorsqu'il a adopté cette disposition, c'est-à-dire protéger les banques en cas d'endossement restrictif d'un chèque ou en cas d'omission de la part du preneur d'endosser un chèque lorsqu'il le présente pour dépôt à la banque-accepteur. Ni l'une ni l'autre de ces situations n'existe en l'espèce.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas. Vu mes conclusions quant à l'application du par. 20(5), j'aurais réduit, de 5 390,12 \$ à 1 655,17 \$, le montant accordé aux appelantes par la Cour d'appel, lequel montant représente la valeur nominale des trois chèques rédigés frauduleusement par M^{me} Alm, mais signés par Boris Mange au profit d'employés existants. Toutefois, l'intimée n'a pas formé de pourvoi incident relativement à cette question et l'arrêt de la Cour d'appel doit demeurer inchangé.

Pourvoi principal accueilli, les juges LA FOREST et MCLACHLIN sont dissidents, et pourvoi incident rejeté.

Procureurs des appelantes: Baumgartel Gould, New Westminster (C.-B.).

Procureurs de l'intimée: Davis & Company, Vancouver.

Edward Frank Dawson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DAWSON

File No.: 24883.

1996: June 12; 1996: November 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Child abduction in absence of custody order — Elements of offence — Whether accused parent can be convicted of child abduction under s. 283(1) of Criminal Code when child not in possession of deprived parent at time of offence — Meaning of “takes” and “possession” — Whether defence contained in s. 284 of Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 283(1), 284.

The accused father and his common law wife were separated in 1986. M, their 3-year-old son, originally remained with his mother but she became unable to care for him and, in December 1986, she agreed that M should live with his father and that he would be solely responsible for M's upbringing. The mother later became dissatisfied with the limitations which the father was placing on her access to M and, in 1992, she applied to the Nova Scotia Family Court for custody and access. Pending the resolution of the matter, the Family Court ordered *ex parte* that the mother be granted “interim liberal access” and that M not be removed from Nova Scotia. Soon after being served with the interim order, the father left with M for California. The father was arrested two years later and, upon his return to Nova Scotia, was charged with abducting his child contrary to s. 283(1)(a) of the *Criminal Code*. That section makes it offence for a parent, guardian or lawful custodian of a child to take a child, not the subject of a custody order, with intent to deprive another parent or guardian or lawful custodian of the child of possession of that child. The father was acquitted at trial on the ground that he had not “taken” M from his mother since, at all material times, M was legally in the father's care.

Edward Frank Dawson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DAWSON

N° du greffe: 24883.

1996: 12 juin; 1996: 21 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Enlèvement d'enfant en l'absence d'ordonnance relative à la garde — Éléments de l'infraction — Le parent accusé peut-il être déclaré coupable d'enlèvement d'enfant en vertu de l'art. 283(1) du Code criminel lorsque l'enfant n'était pas en la possession du parent dépossédé au moment de l'infraction? — Sens des mots «takes» et «possession» — Le moyen de défense prévu à l'art. 284 du Code est-il applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 283(1), 284.

Le père accusé et sa conjointe de fait se sont séparés en 1986. M, leur fils de 3 ans, est d'abord resté avec sa mère, mais celle-ci est devenue incapable d'en prendre soin et, en décembre 1986, elle a consenti à ce que M aille vivre avec son père et à ce que ce dernier assume seul la responsabilité de son éducation. Plus tard, la mère est devenue insatisfaite des restrictions que le père lui imposait quant à l'accès à M et, en 1992, elle a demandé au tribunal de la famille de la Nouvelle-Écosse la garde et l'accès. Jusqu'à ce que l'affaire ait été décidée, le tribunal de la famille a ordonné, *ex parte*, qu'un «accès provisoire souple» soit accordé à la mère et que M ne soit pas emmené à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse. Peu de temps après avoir reçu signification de l'ordonnance provisoire, le père a emmené M en Californie. Le père a été arrêté deux ans plus tard et, à son retour en Nouvelle-Écosse, il a été accusé d'avoir enlevé son enfant en contravention de l'al. 283(1)a) du *Code criminel*. Aux termes de cet alinéa, commet une infraction le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'un enfant qui enlève un enfant n'ayant fait l'objet d'aucune ordonnance relative à la garde, avec l'intention de priver de la possession de l'enfant le père, la mère, le tuteur ou une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. Au terme du procès, le père a été acquitté pour le motif qu'il n'avait

The majority of the Court of Appeal overturned the acquittal and ordered a new trial.

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

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The trial judge erred in his interpretation of s. 283(1) of the *Code*. Since the section states that the offence of child abduction can be committed by the "parent, guardian or person having the lawful care or charge" of the child, a person can clearly be found guilty notwithstanding that he or she is the child's parent or that he or she had lawful care of the child.

Section 283 does not require that the deprived parent, guardian or other person having lawful care or charge of the child must actually have had possession of the child at the moment of the offence for an accused to be convicted. Reading the English and French texts of s. 283(1) together, a "taking" or "*enlèvement*" occurs where the accused causes the child to come or go with him or her, and, in the process, excludes the authority of another person who has lawful care or charge of the child. Further, by also prohibiting acts such as "concealing", "harbouring" and "receiving" — acts which can only be committed while the child is not in the possession of the deprived parent — Parliament has indicated that child abduction by a parent, even in the absence of a custody order, can be found to have occurred regardless of whether the child was in the possession of the deprived parent at the relevant time. There is nothing in the *mens rea* of s. 283(1) to suggest otherwise. An accused would have the requisite "intent to deprive [the other parent] of the possession" if he or she intended to keep the other parent from having a possession to which he or she would otherwise be entitled. The word "possession" is not limited to circumstances in which the deprived parent is actually in physical control of the child at the time of the taking, but extends to the ability to exercise control over the child. By enacting ss. 281 to 283, Parliament has decided that the protection of children rests in ensuring that people entitled to exercise care and control over children are able to do so. Accordingly, Parliament has criminalized conduct — whether by a stranger or a parent, and whether or not there is a custody order in force — that intentionally interferes with a parent's lawful exercise of care and control over the children. An interpretation of s. 283 which does not require that the deprived parent have possession of the

pas «enlevé» M à sa mère, car, à tout moment pertinent, M avait été légalement sous la garde de son père. La Cour d'appel a, à la majorité, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès.

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

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le juge du procès a commis une erreur dans l'interprétation du par. 283(1) du *Code*. Comme aux termes de ce paragraphe l'infraction d'enlèvement d'enfant peut être commise par «le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale» de l'enfant, il est clair qu'une personne peut être déclarée coupable même si cette personne est le père ou la mère de l'enfant ou si elle avait la garde légale de celui-ci.

L'article 283 n'exige pas que la personne dépossédée, qu'il s'agisse du père, de la mère, du tuteur ou d'une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant, ait eu concrètement la possession de l'enfant au moment de l'infraction pour qu'un accusé soit déclaré coupable. Si on lit les textes français et anglais du par. 283(1) en corrélation, il y a «*taking*» ou «enlèvement» lorsque l'accusé emmène l'enfant avec lui et que, ce faisant, il le soustrait à l'autorité d'une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. De plus, en interdisant également des actes tels que le fait de «cacher», d'«héberger» et de «recevoir» — actes qui ne peuvent être accomplis que lorsque l'enfant n'est pas en la possession du parent dépossédé — le législateur fédéral a indiqué qu'il est possible de conclure à l'enlèvement d'un enfant par le père ou la mère, et ce même en l'absence d'une ordonnance relative à la garde et indépendamment du fait que l'enfant était ou non en la possession du parent dépossédé au moment pertinent. Rien dans la formulation de la *mens rea* au par. 283(1) ne tend à indiquer le contraire. L'accusé aurait «l'intention [requis] de priver [l'autre parent] de la possession» s'il entendait frustrer l'autre parent de la possession à laquelle ce dernier aurait par ailleurs droit. Le mot «possession» ne se limite pas aux cas où le parent dépossédé exerçait concrètement la surveillance physique de l'enfant au moment de l'enlèvement, mais vise également la capacité de ce parent d'exercer la surveillance de l'enfant. En édictant les art. 281 à 283, le législateur fédéral a décidé que la façon d'assurer la protection des enfants est de faire en sorte que les personnes qui en assurent le soin et la surveillance soient capables de le faire. Par conséquent, le législateur a criminalisé des conduites — que celles-ci soient le fait d'un étranger ou d'un des parents, et qu'une ordonnance relative à la garde soit ou

child at the moment of the offence is consistent with the purpose and scheme of the child abduction provisions. Such an interpretation does not have the effect of unduly expanding the scope of criminal liability, and elevating a deprivation of access to the status of criminal conduct. No accused will be convicted under s. 283 unless he or she intended to deprive a person entitled to possession of the child of that possession.

Under s. 284 of the *Code*, a person who takes a child with intent to deprive the child's parent, or another person having lawful care or charge of the child, of possession of the child cannot escape liability by giving his or her own consent to the taking. The consent referred to in s. 284 must come, not from the accused himself or herself, but from the person whom the accused intended to deprive of possession of the child.

It is not the role of this Court to determine whether the mother was entitled to M's possession. That issue should be determined at the new trial on the basis of the evidence adduced. Iacobucci J.'s comments in reply to McLachlin J.'s reasons are agreed with.

Finally, the Court of Appeal did not err in law by allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal at trial. The Crown's appeal was based on a question of law — namely, the proper interpretation of the *actus reus* of s. 283 of the *Code*.

Per Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The role of the purported custody "agreement" between the father and the mother can arguably be safely discounted. In cases such as this one, the Nova Scotia *Family Maintenance Act* appears to supplant the common law of contracts as it pertains to agreements between spouses on care and custody matters. Section 18(4) of this Act establishes, as a baseline, that both parents are entitled to care and custody of the child unless a court orders otherwise. An agreement may have the effect of an order, but only if it has been registered in a court (s. 52). No formal order was made in this case, and the 1986 agreement appears not to have been registered. The 1992 order granting "interim liberal access" to the mother did not, by implication, grant care and custody to the father. A parent's

non en vigueur — qui entravent intentionnellement l'exercice légitime par le père ou la mère de son droit d'assumer le soin et la surveillance des enfants. Une interprétation de l'art. 283 qui n'exige pas que la personne dépossédée ait la possession de l'enfant au moment de l'infraction est compatible avec l'objet et l'économie des dispositions relatives à l'enlèvement d'enfants. Une telle interprétation n'a pas pour effet d'élargir indûment le champ de la responsabilité criminelle et de faire d'une privation d'accès une conduite criminelle. Un accusé ne sera déclaré coupable en vertu de l'art. 283 que s'il avait l'intention de priver de la possession de l'enfant une personne qui y avait droit.

Aux termes de l'art. 284 du *Code*, la personne qui enlève un enfant avec l'intention de priver de la possession de celui-ci le père, la mère ou une autre personne en ayant la garde ou la charge légale ne peut pas échapper à toute responsabilité en donnant son propre consentement à l'enlèvement. Le consentement visé à l'art. 284 doit émaner non pas de l'accusé lui-même, mais plutôt de la personne que ce dernier entendait priver de la possession de l'enfant.

Il n'appartient pas à notre Cour de déterminer si la mère avait droit à la possession de M. Cette question devrait être tranchée lors du nouveau procès à la lumière de la preuve présentée. Il est souscrit aux remarques formulées par le juge Iacobucci en réponse aux motifs du juge McLachlin.

En dernier lieu, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé prononcé au procès. L'appel du ministère public était fondé sur une question de droit — c'est-à-dire la question de la bonne interprétation à donner de l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 283 du *Code*.

Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci: On peut sans crainte soutenir que la présumée «entente» relative à la garde entre le père et la mère ne joue aucun rôle. Dans les affaires comme celle qui intéresse, la *Family Maintenance Act* de la Nouvelle-Écosse semble écarter l'application des règles de common law en matière contractuelle en ce qui concerne les ententes conclues entre les époux relativement au soin et à la garde des enfants. Le paragraphe 18(4) de cette Loi établit, comme principe de base, que les deux parents ont le droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant, sauf ordonnance judiciaire à l'effet contraire. Une entente peut produire les mêmes effets qu'une ordonnance, mais seulement si elle a été enregistrée auprès de la cour (art. 52). Aucune ordonnance formelle n'a été rendue en l'espèce, et il semble

statutory right to joint custody of her child should not be abrogated except in the clearest of terms. Therefore, as there was no order made by the court otherwise, there was no evidence before it that might upset the statutory presumption of joint care and custody. Both parents retained their entitlement to care and custody of the child. Consequently, it cannot be said, on the basis of the agreement, that the father did not take M from the possession of his mother.

Even if it were accepted that the common law of contracts governs in this case, it would still not follow that the father should prevail. Whatever may be the literal terms of the purported custody agreement, it is possible that for reasons of equity an implied condition might be found that the father should not remove M from the country. It is impossible, however, to say in advance whether such a condition should be found. The inquiry must be left to the trial judge.

Although there is a concern that a parent who inadvertently and only technically breaches the other parent's custody rights may face imprisonment, it should be emphasized that the *mens rea* of the offence is not simply the intention to take the child, but the intention to take the child from the possession of one who is entitled to that possession. Because the latter kind of intent is serious, prosecution of trifling offences under s. 283 is not to be expected.

Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): Section 283(1) of the *Code* targets the act of taking a child where there is no custody order in place. Certain conditions, however, must be fulfilled before the act of taking becomes criminal: the person taking must have lawful custody and the taking must be with the "intent to deprive" the other parent "of the possession of" the child. The section thus contemplates the situation where people share custody or "possession" of the child. Possession is used in the legal sense of right of possession. It is not necessary that the deprived parent have physical possession of the child at the time of the taking. What is

que l'entente de 1986 n'a pas été enregistrée. L'ordonnance de 1992 qui accordait à la mère un «accès provisoire souple» n'accordait pas, par implication, le soin et la garde au père. Le droit à la garde conjointe de l'enfant accordé par la loi à un parent ne devrait pas être abrogé autrement que par une disposition très claire en ce sens. Par conséquent, comme il n'y avait pas d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire, la cour ne disposait d'aucun élément de preuve susceptible de réfuter la présomption légale concernant le caractère conjoint de la garde et du soin de l'enfant. Le père et la mère conservaient leur droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant. Par conséquent, il est impossible d'affirmer, en se fondant sur l'entente, que l'appelant n'a pas enlevé M à la possession de sa mère.

Même si l'on acceptait que le présent cas est régi par la common law, il ne s'ensuivrait pas pour autant que le père doive l'emporter. Quels que puissent être les termes mêmes de la présumée entente relative à la garde, il est possible que, pour des raisons fondées sur l'*equity*, on puisse dégager l'existence d'une condition implicite indiquant que le père ne devrait pas emmener M hors du pays. Il n'est toutefois pas possible de dire à l'avance si une telle condition devrait être dégagée. L'examen de cette question doit être laissé au juge du procès.

Malgré l'inquiétude que soulève la possibilité qu'un parent qui viole par inadvertance et de façon technique seulement les droits de garde de l'autre parent risque l'emprisonnement, il faut souligner que la *mens rea* de l'infraction n'est pas seulement l'intention d'enlever l'enfant, mais l'intention d'enlever l'enfant à la possession d'une personne qui a droit à cette possession. Comme il s'agit, dans le deuxième cas, d'une intention grave, il ne faut pas s'attendre que l'art. 283 donne lieu à la poursuite d'infractions insignifiantes.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): Le paragraphe 283(1) du *Code* vise le fait d'enlever un enfant lorsque aucune ordonnance relative à la garde n'a été rendue par un tribunal. Toutefois, certaines conditions doivent être remplies avant que ce fait ne constitue un crime: la personne qui enlève doit avoir la garde légale de l'enfant et l'enlèvement doit être fait «avec l'intention de priver» l'autre parent «de la possession de» l'enfant. Ce paragraphe vise donc la situation où des personnes partagent la garde ou la «possession» de l'enfant. Le mot possession est employé dans son sens juridique de droit à la possession. Il n'est pas nécessaire que le parent dépossédé ait eu la possession physique de l'enfant au moment de l'enlèvement. L'exigence minimale

required, at a minimum, is that the deprived parent have a right to possession of the child.

The central issue in this appeal is the effect of a custody agreement, as opposed to a court order, on a parent's common law custody rights. A parent may give up his or her right to custody by entering into an agreement conferring sole custody on the other parent. Notwithstanding the absence of a court order, a parent who does so no longer has a right to possession of the child of which he or she can be deprived, unless custody is restored by the termination of the agreement, a new agreement, or a court order. It follows that s. 283(1) would find no application in a situation where sole custody has been conferred upon the "taking" parent. It is unquestioned that common law rights, including the right to custody of a child, may be altered by contract. Here, the trial judge was correct in acquitting the father of the offence of child abduction. After the separation, the mother initially had a right to possession of the child at common law, as confirmed by the Nova Scotia *Family Maintenance Act*, but the trial judge found that the mother, by oral agreement with the father in December 1986, validly conveyed her common law right to possession and custody of the child to the father and that the agreement was still in force. These findings were amply supported by the evidence and should not have been disturbed by the Court of Appeal. The court erred in concluding that the agreement, as opposed to a court order, could not affect a parent's original right to custody. Further, the father's interference with the mother's exercise of her access rights did not constitute a deprivation of possession under s. 283(1). Possession, in contrast to access, comports the right and responsibility of care and control of the child. While the terms of access may be so generous that the non-custodial spouse in fact exercises a significant degree of care and control over the child, the trial judge's findings in this case negate any suggestion that the mother had any control or responsibility over the child. She had the right to visit the child; she did not have the control or responsibility for him required to establish possession. Finally, this Court should not rule on the issue of whether unregistered custody agreements may be of no force in Nova Scotia since this issue was not properly raised, considered and argued in this case. With respect to s. 18(4) of the *Family Maintenance Act*, in the context of a criminal trial, the Crown bore the burden of showing that the father did not have an exclusive right of possession to the child at the time of taking. The Crown not having raised s. 18(4) at trial, it is not for this Court at this stage of the

est que le parent dépossédé ait un droit à la possession de l'enfant.

La principale question en litige porte sur les effets d'une entente relative à la garde — en comparaison de ceux d'une ordonnance judiciaire — sur les droits de garde dont dispose un parent en vertu de la common law. Un parent peut abandonner son droit à la garde en concluant une entente qui accorde la garde exclusive à l'autre parent. Malgré l'absence d'une ordonnance judiciaire, le parent qui conclut une telle entente n'a plus de droit à la possession de l'enfant dont il pourrait être privé, à moins que son droit de garde ne soit rétabli par la résiliation de l'entente, par la signature d'une nouvelle entente ou par une ordonnance judiciaire. Il s'ensuit que le par. 283(1) ne s'appliquerait pas dans les cas où la garde exclusive a été accordée au parent «qui enlève» l'enfant. Il est incontesté que les droits reconnus par la common law, y compris le droit à la garde d'un enfant, peuvent être modifiés par contrat. En l'espèce, le juge du procès a eu raison d'acquitter le père de l'accusation d'enlèvement d'enfant. Après la séparation, la mère avait initialement un droit à la possession de l'enfant en vertu de la common law, droit qui était confirmé par la *Family Maintenance Act* de la Nouvelle-Écosse, mais le juge du procès a conclu que la mère, en vertu d'une entente verbale avec le père en décembre 1986, avait transféré valablement à ce dernier le droit à la possession et à la garde de l'enfant qu'elle avait en vertu de la common law, et que l'entente restait en vigueur. Ces conclusions étaient amplement étayées par la preuve, et la Cour d'appel n'aurait pas dû les modifier. La cour a commis une erreur en concluant que l'entente ne pouvait pas, contrairement à une ordonnance de la cour, modifier le droit à la garde que possède initialement un parent. De plus, le fait pour le père d'entraver l'exercice par la mère de ses droits d'accès ne constituait pas la privation de possession visée au par. 283(1). Par opposition à l'accès, la possession comporte le droit et la responsabilité d'assurer le soin et la surveillance de l'enfant. Même si les conditions d'accès peuvent être si généreuses que l'époux qui n'a pas la garde assure, dans une mesure considérable, le soin et la surveillance de l'enfant, les conclusions tirées par le juge du procès en l'espèce réfutent toute suggestion que la mère avait la surveillance ou la responsabilité de l'enfant. Elle avait le droit de le visiter; elle n'assumait pas, à son égard, la responsabilité ou la surveillance requise pour établir la possession. En dernier lieu, notre Cour ne doit pas se prononcer sur la question de savoir si les ententes relatives à la garde qui ne sont pas enregistrées pourraient être inopérantes en Nouvelle-Écosse, car cette question n'a pas été régulièrement soulevée, examinée et débat-

proceedings to raise it to the end of discharging the burden that lay on the Crown.

The line between wrongful but non-criminal failure to respect parental rights on the one hand, and child abduction under s. 283(1) on the other, lies at the point where the wrongdoer takes the child with intent to thwart the established right (by court order or agreement) of control and care of the other parent. On one side of the line the remedies are civil, on the other criminal. Section 283(1) draws the line at this point by requiring intent to deprive the other parent of possession of the child, a concept that goes beyond mere interference with access rights or a hypothetical possibility of a future right to possession. While arguments can be raised for an interpretation of s. 283(1) that would criminalize virtually any interference with access rights or future custody rights, given the severity of the criminal sanction, reserved for the most reprehensible conduct in our society, there is no reason to interpret the section that broadly. Less serious breaches are better left to civil sanctions.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Re Lorenz* (1905), 9 C.C.C. 158; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Augustus v. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; *R. v. Cowan* (1910), 17 O.W.R. 553; *R. v. Anagnostis*, [1970] 1 O.R. 595; *R. v. Miller* (1982), 36 O.R. (2d) 387; *R. v. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165; *R. v. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471; *R. v. Hammerbeck* (1991), 2 B.C.A.C. 123; *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Van Herk (1984), 40 C.R. (3d) 264; *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393.

tue en l'espèce. En ce qui concerne le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act*, dans le contexte d'un procès pénal, le ministère public avait la charge de démontrer que le père n'avait pas le droit exclusif à la possession de l'enfant au moment de l'enlèvement. Comme le ministère public n'a pas invoqué le par. 18(4) au procès, il n'appartient pas à notre Cour, à ce stade-ci des procédures, de prendre en considération cette disposition en vue de décharger le ministère public du fardeau qui lui incombe.

La ligne de démarcation entre la violation répréhensible mais non criminelle de droits parentaux, d'une part, et l'enlèvement d'enfant prévu au par. 283(1), d'autre part, se situe au point où l'auteur de la faute enlève l'enfant avec l'intention de contrecarrer le droit établi (par ordonnance judiciaire ou par une entente) que possède l'autre parent d'assurer le soin et la surveillance de l'enfant. D'un côté de cette ligne, les recours sont de nature civile, alors que de l'autre ils sont de nature pénale. Le paragraphe 283(1) fixe la ligne de démarcation à cet endroit en exigeant la preuve de l'intention de priver l'autre parent de la possession de l'enfant, concept qui va au-delà de la simple atteinte à des droits d'accès ou à un hypothétique droit futur à la possession. Bien que des arguments puissent être présentés en faveur d'une interprétation du par. 283(1) qui criminaliserait pratiquement toute atteinte à des droits d'accès ou à des droits de garde futurs, étant donné la sévérité des sanctions pénales, sanctions qui sont réservées aux conduites les plus répréhensibles dans notre société, il n'y a aucune raison de donner une interprétation plus large à cet article. Il vaut mieux appliquer aux fautes moins graves les sanctions civiles.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Re Lorenz* (1905), 9 C.C.C. 158; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *R. c. Cowan* (1910), 17 O.W.R. 553; *R. c. Anagnostis*, [1970] 1 O.R. 595; *R. c. Miller* (1982), 36 O.R. (2d) 387; *R. c. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165; *R. c. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471; *R. c. Hammerbeck* (1991), 2 B.C.A.C. 123; *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Van Herk (1984), 40 C.R. (3d) 264; *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393.

Statutes and Regulations Cited

- Children's Services Act*, S.N.S. 1976, c. 8.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 127(1), 281, 282, 283, 284, 691(2) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 250.
Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, ss. 18(4), 52 [am. 1994-95, c. 6, s. 63(4)].
Guardianship Act, R.S.N.S. 1989, c. 189, s. 4.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 93, June 3, 1982, at pp. 93:10 and 93:11.
 Ewaschuk, E. G. "Abduction of Children by Parents" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 1986, "enlever", "priver".
 Johnstone, Bruce. "Parental Child Abduction Under the Criminal Code" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 271.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "deprive", "take".
 Pollet, Susan L. "Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?" (1993), 21 *J. Psychiatry & L.* 417.
 Sagatun, Inger J., and Lin Barrett. "Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses" (1990), 18 *J. Crim. Just.* 433.
 Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 143 N.S.R. (2d) 1, 411 A.P.R. 1, 100 C.C.C. (3d) 123, 16 R.F.L. (4th) 279, allowing the accused's appeal from his conviction on the charge of disobeying a court order, contrary to s. 127 of the *Criminal Code*, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on the charge of taking a child with intent to deprive the child's mother of possession, contrary to s. 283 of the *Criminal Code*, and ordering a new trial. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Jean A. Swantko, for the appellant.

Lois et règlements cités

- Children's Services Act*, S.N.S. 1976, ch. 8.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 127(1), 281, 282, 283, 284, 691(2) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 250.
Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 18(4), 52 [mod. 1994-95, ch. 6, art. 63(4)].
Guardianship Act, R.S.N.S. 1989, ch. 189, art. 4.

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n° 93, 3 juin 1982, aux pp. 93:10 et 93:11.
 Ewaschuk, E. G. «Abduction of Children by Parents» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 1986, «enlever», «priver».
 Johnstone, Bruce. «Parental Child Abduction Under the Criminal Code» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 271.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «deprive», «take».
 Pollet, Susan L. «Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?» (1993), 21 *J. Psychiatry & L.* 417.
 Sagatun, Inger J., and Lin Barrett. «Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses» (1990), 18 *J. Crim. Just.* 433.
 Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 143 N.S.R. (2d) 1, 411 A.P.R. 1, 100 C.C.C. (3d) 123, 16 R.F.L. (4th) 279, qui a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour désobéissance à une ordonnance judiciaire, en contravention de l'art. 127 du *Code criminel*, qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé à l'accusation d'enlèvement d'enfant avec l'intention de priver la mère de l'enfant de la possession de ce dernier, en contravention de l'art. 283 du *Code criminel* et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Jean A. Swantko, pour l'appellant.

William D. Delaney, for the respondent.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. —

I. Introduction

¹ The appellant lived on the Myrtle Tree Farm at Waterville, Nova Scotia, with his young son Michael, until Michael's mother arrived at the farm with a court order for "interim liberal access" pending a final determination of her application for custody of Michael. Soon thereafter, the appellant disappeared with the child. When the appellant was finally apprehended two years later, he was living in California with Michael under an assumed name. He was charged with child abduction under s. 283 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, but contends that he is not guilty, essentially because an accused cannot be found to have "taken" a child, within the meaning of s. 283, unless, at the time of the offence, the child was in the possession of the other parent, guardian or person having the lawful care or charge of the child. The appellant was also charged under s. 127(1) of the *Criminal Code* for violating a provision of the interim access order requiring that Michael not be removed from Nova Scotia.

II. Facts

² Michael Dawson was born on January 31, 1983, to Judith Seymour and the appellant. The appellant was physically abusive towards Seymour, and the couple were separated just before Michael's third birthday. Later that year, the appellant underwent a religious conversion and took up residence in a religious community at Clark's Harbour, Nova Scotia. Although Michael originally remained with his mother, she became unable to care for him, and, in December 1986, Seymour agreed that Michael should live with the appellant. It was also agreed that the appellant would be solely responsible for Michael's upbringing. In August 1987, the

William D. Delaney, pour l'intimée.

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Major a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ —

I. Introduction

L'appellant habitait la ferme Myrtle Tree, à Waterville (Nouvelle-Écosse), avec son jeune fils Michael, lorsque la mère de Michael s'y est présentée munie d'une ordonnance judiciaire lui accordant un [TRADUCTION] «accès provisoire souple», jusqu'à ce que la décision finale ait été rendue à l'égard de sa demande de garde d'enfant. Peu après, l'appellant est disparu avec l'enfant. Lorsque l'appellant a finalement été appréhendé, deux ans plus tard, il vivait en Californie avec Michael sous un nom d'emprunt. Il a été accusé, en vertu de l'art. 283 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, d'enlèvement d'enfant. Toutefois, il nie sa culpabilité, essentiellement au motif qu'un accusé ne saurait être déclaré coupable d'avoir «enlevé» un enfant au sens de l'art. 283, sauf si, au moment de l'infraction, l'enfant était en la possession de l'autre parent, du tuteur ou d'une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant. L'appellant a également été accusé, en vertu du par. 127(1) du *Code criminel*, d'avoir violé la disposition de l'ordonnance d'accès provisoire qui lui interdisait d'emmener Michael à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse.

II. Les faits

Michael Dawson est né le 31 janvier 1983, de Judith Seymour et de l'appellant. L'appellant abusait physiquement M^{me} Seymour et le couple s'est séparé juste avant le troisième anniversaire de Michael. Plus tard, au cours de la même année, l'appellant s'est converti à une religion et a établi sa résidence dans une communauté religieuse à Clark's Harbour, en Nouvelle-Écosse. Même si Michael a d'abord habité avec sa mère, celle-ci, devenue par la suite incapable d'en prendre soin, a, en décembre 1986, consenti à ce que Michael vive avec l'appellant. Il a également été convenu que ce dernier assumerait seul la responsabilité d'élever

appellant and Michael moved to an affiliated religious community located on the Myrtle Tree Farm at Waterville, Nova Scotia.

Near the end of 1987, Michael was taken from his father by provincial officials acting under an order of the Family Court of Nova Scotia, on the ground that he was a "child in need of protection" within the meaning of the *Children's Services Act*, S.N.S. 1976, c. 8. Lengthy court proceedings ensued, at the conclusion of which the Nova Scotia Court of Appeal held that the Family Court's order was *ultra vires* and ordered that Michael be returned to his father.

Over the next few years, Seymour became dissatisfied with the limitations which the appellant was placing on her access to Michael, and, in 1992, she applied to the Family Court for custody and access. Pending the resolution of the matter, the Family Court ordered *ex parte* that Seymour be granted "interim liberal access" and that Michael not be removed from Nova Scotia.

Soon after being served with the interim order, the appellant vanished, taking Michael with him. He sent a letter to the Chief Judge of the Family Court, explaining that he was motivated purely by a desire to protect Michael's interests.

Seymour heard nothing from the appellant or their son until two years later, when the appellant was arrested. At the time of his arrest, the appellant was living with Michael in California under an assumed name. The appellant and Michael were returned to Nova Scotia, where the appellant was charged with having disobeyed a court order contrary to s. 127(1) of the *Criminal Code* and with having "taken" Michael contrary to s. 283(1)(a) of the *Code*. Throughout the relevant period, the latter provision read as follows:

Michael. En août 1987, l'appellant et Michael sont déménagés dans une communauté religieuse affiliée, installée à la ferme Myrtle Tree, à Waterville en Nouvelle-Écosse.

Vers la fin de 1987, des fonctionnaires provinciaux agissant en vertu d'une ordonnance du tribunal de la famille de la Nouvelle-Écosse ont retiré Michael à son père, pour le motif que Michael était un [TRADUCTION] «enfant ayant besoin de protection» au sens de la *Children's Services Act*, S.N.S. 1976, ch. 8. De longues procédures judiciaires s'en sont suivies, au terme desquelles la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que l'ordonnance du tribunal de la famille était *ultra vires* et a ordonné que Michael soit remis à son père.

Au cours des années qui ont suivi, M^{me} Seymour est devenue insatisfaite des restrictions que l'appellant lui imposait quant à l'accès à Michael et, en 1992, elle a demandé au tribunal de la famille la garde de son fils et des droits de visite. Jusqu'à ce que l'affaire ait été décidée, le tribunal de la famille a ordonné, *ex parte*, qu'un «accès provisoire souple» soit accordé à M^{me} Seymour et que Michael ne soit pas emmené à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse.

Peu de temps après avoir reçu signification de l'ordonnance provisoire, l'appellant est disparu, emmenant Michael avec lui. Il a fait parvenir au juge en chef du tribunal de la famille une lettre expliquant que son geste était uniquement motivé par son désir de protéger les intérêts de Michael.

Madame Seymour est restée sans nouvelles de l'appellant et de son fils pendant les deux années qui ont suivi, jusqu'au moment de l'arrestation de l'appellant. Ce dernier vivait alors avec Michael en Californie, sous un nom d'emprunt. L'appellant et Michael ont été ramenés en Nouvelle-Écosse, où l'appellant a été accusé d'avoir contrevenu à une ordonnance du tribunal, contrairement au par. 127(1) du *Code Criminel*, et d'avoir «enlevé» Michael, contrairement à l'al. 283(1)a) du *Code*. Pendant toute la période en cause, cette dernière disposition était ainsi libellée:

3

4

5

6

283. (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in relation to whom no custody order has been made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person, is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; [Emphasis added.]

The prosecution under s. 283(1)(a) was duly authorized on behalf of the provincial Attorney General as required by s. 283(2).

III. Judgments

A. *Nova Scotia Supreme Court*

7 At trial, the appellant was convicted of the charge under s. 127(1). He was acquitted, however, of the abduction charge under s. 283(1)(a), on the ground that he had not “taken the child Michael from anyone”. Although the appellant had taken steps to frustrate Seymour’s access, Michael “was legally in the care of his father . . . at all times from 1986”.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1995), 100 C.C.C. (3d) 123

8 With respect to s. 127(1), the Court of Appeal unanimously overturned the conviction and substituted an acquittal, on the ground that s. 127(1) does not apply to violations of orders made under the *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160. The Court of Appeal’s decision on s. 127(1) is not under appeal.

9 However, the Court of Appeal also overturned the appellant’s acquittal under s. 283(1) and ordered a new trial. Hallett J.A., writing for the majority, observed that the word “take” does not import any requirement that the person whom the accused intended to deprive of possession — here-

283. (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d’une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne sans qu’une ordonnance n’ait été rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l’intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable:

a) soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de dix ans; [Je souligne.]

Les poursuites engagées en vertu de l’al. 283(1)a) furent dûment autorisées pour le compte du procureur général de la province, comme l’exige le par. 283(2).

III. Les jugements

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse*

À son procès, l’appelant a été déclaré coupable de l’accusation portée contre lui en vertu du par. 127(1). Il a toutefois été acquitté de l’accusation d’enlèvement portée en vertu de l’al. 283(1)a), au motif qu’il n’avait [TRADUCTION] «enlevé Michael à personne». Même si l’appelant avait pris des mesures pour contrecarrer l’accès de M^{me} Seymour à l’enfant, la cour a déclaré que Michael [TRADUCTION] «avait été légalement sous la garde de son père [. . .] à tout moment pertinent depuis 1986».

B. *Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse* (1995), 100 C.C.C. (3d) 123

En ce qui concerne l’accusation fondée sur le par. 127(1), la Cour d’appel a, à l’unanimité, annulé la déclaration de culpabilité et y a substitué un acquittement, pour le motif que le par. 127(1) ne s’applique pas à la violation d’une ordonnance rendue en vertu de la *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160. La décision de la Cour d’appel en ce qui concerne le par. 127(1) n’est pas visée par le présent pourvoi.

La Cour d’appel a cependant également annulé l’acquittement de l’appelant à l’égard de l’accusation fondée sur le par. 283(1) et ordonné un nouveau procès. Le juge Hallett, au nom de la majorité, a fait observer que le mot «enlever» n’a pas pour effet d’exiger que la personne que l’accusé

inafter, the “deprived parent” — have physical control over the child at the time of the taking. While Hallett J.A. acknowledged that, if there has been a taking, a court must then determine whether the child was taken with the intent to deprive a parent (or a guardian or other person having care or charge of the child) of possession of the child, he emphasized that the notion of possession, in the context of this determination, includes actual possession or a right to possession.

Jones J.A., dissenting, would have upheld the acquittal under s. 283(1). According to Jones J.A., only by intentionally removing the child from the possession of the deprived parent, can an accused commit child abduction within the meaning of s. 283, because the essence of the crime of child abduction is the removal of a child from the possession of its parent rather than the frustration of “rights” of possession.

As a result of the decision of the Court of Appeal setting aside the appellant’s acquittal of the offence under s. 283(1), the appellant appeals as of right to this Court pursuant to s. 691(2) of the *Criminal Code*.

IV. Issues

The appellant raises the following issues:

- A. Did the Court of Appeal err in law in ruling that the word “takes” as it appears in s. 283(1) of the *Criminal Code* does not import a requirement that the deprived parent have possession of the child at the time of the offence?
- B. Did the Court of Appeal err in law by failing to apply the defence of consent contained in s. 284 of the *Criminal Code*?
- C. Did the Court of Appeal err in law in holding that the *ex parte* order of the Family Court gave Seymour a right to possession of the child?

voulait priver de la possession de l’enfant — ci-après appelée le «parent dépossédé» — ait exercé la surveillance physique de ce dernier au moment de l’enlèvement. Bien que le juge Hallett ait affirmé que, s’il y a eu enlèvement, le tribunal doit alors déterminer si l’enfant a été enlevé avec l’intention de priver l’un des parents (ou encore le tuteur ou toute autre personne qui a la garde ou la charge de l’enfant) de la possession de l’enfant, il a souligné que la notion de possession, dans le contexte de cette détermination, s’entend soit de la possession concrète soit du droit à la possession.

Le juge Jones, dissident, aurait confirmé l’acquittement à l’égard de l’accusation fondée sur le par. 283(1). Selon lui, ce n’est qu’en soustrayant intentionnellement l’enfant à la possession du parent dépossédé qu’un accusé commet un enlèvement d’enfant au sens de l’art. 283, puisque l’essence de ce crime est la soustraction d’un enfant à la possession du parent, et non la frustration de «droits» à la possession.

Par suite de l’arrêt de la Cour d’appel annulant l’acquittement de l’appellant relativement à l’accusation portée en vertu du par. 283(1), l’appellant se pourvoit de plein droit devant notre Cour conformément au par. 691(2) du *Code criminel*.

IV. Les questions en litige

L’appellant soulève les questions suivantes:

- A. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que le mot «takes» («enlève») figurant au texte anglais du par. 283(1) du *Code criminel* n’a pas pour effet d’exiger que le parent dépossédé ait eu la possession de l’enfant au moment de l’infraction?
- B. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en n’appliquant pas le moyen de défense fondé sur le consentement prévu à l’art. 284 du *Code criminel*?
- C. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l’ordonnance rendue *ex parte* par le tribunal de la famille accordait à M^{me} Seymour un droit à la possession de l’enfant?

10

11

12

D. Did the Court of Appeal err in law by allowing the Crown's appeal from the acquittal entered at trial, when the Crown's appeal failed to raise a question of law?

D. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement prononcé au procès, alors que cet appel ne soulevait aucune question de droit?

V. Analysis

V. L'analyse

13

To avoid confusion about the scope of this appeal, I would observe at the outset that this appeal, like any appeal as of right to this Court, is restricted to questions of law. Consequently, despite the appellant's contention that, in light of the agreement between Seymour and the appellant regarding Michael's upbringing, Seymour is not entitled to the possession of Michael, it is not the role of this Court to resolve this or any other factual controversy. Rather, we are called upon to decide whether the trial judge erred in law in his interpretation of s. 283. If we agree with the Court of Appeal that the trial judge committed an error of law, then, unless the same verdict is inevitable, we must uphold the order for a new trial and leave all factual issues to be resolved in that forum.

Pour éviter toute confusion quant à la portée du présent pourvoi, je tiens à souligner d'emblée que, comme dans tout appel de plein droit à notre Cour, le présent pourvoi se limite à des questions de droit. Par conséquent, en dépit de la prétention de l'appelant que, compte tenu de l'entente intervenue entre lui et M^{me} Seymour relativement à l'éducation de Michael, cette dernière n'a pas droit à la possession de Michael, le rôle de notre Cour n'est pas de résoudre cette question ou toute autre question de fait litigieuse. Au contraire, elle est appelée à décider si le juge du procès a commis une erreur de droit dans l'interprétation de l'art. 283. Si nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur de droit, alors, à moins que le même verdict ne soit inévitable, nous devons confirmer l'ordonnance de nouveau procès et laisser au tribunal qui en sera chargé le soin de trancher toutes les questions de fait.

A. *Whether the word "takes" imports a requirement that the deprived parent have possession of the child at the time of the offence*

A. *Le mot «takes» a-t-il pour effet d'exiger que le parent dépossédé ait eu la possession de l'enfant au moment de l'infraction?*

14

The trial judge found the appellant not guilty of child abduction, on the basis that the appellant could not have "taken" Michael because the child "was legally in the care of his father" at all material times. The terms in which s. 283 is drafted, however, leave no room for this interpretation. Section 283(1) states that the offence can be committed by the "parent, guardian or person having the lawful care or charge" of the child (emphasis added). Clearly, a person can be found guilty under s. 283 notwithstanding that he or she is the child's parent or that he or she had lawful care of the child.

Le juge du procès a conclu que l'appelant n'était pas coupable d'enlèvement d'enfant, pour le motif que l'appelant ne pouvait pas avoir «enlevé» Michael, puisque celui-ci [TRADUCTION] «avait été légalement sous la garde de son père» à tout moment pertinent. Le libellé de l'art. 283 ne permet toutefois aucune telle interprétation. En effet, aux termes du par. 283(1), une infraction peut être commise par «le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale» de l'enfant (je souligne). Il est clair qu'une personne peut être déclarée coupable de l'infraction prévue à l'art. 283, même si cette personne est le père ou la mère de l'enfant ou si elle en avait la garde légale.

The appellant, for his part, develops a slightly different argument as to why his acquittal should be upheld. He urges that an accused cannot be convicted under s. 283 unless the deprived parent had possession of the child at the moment of the offence. Yet the breadth of the terms selected by Parliament to express the prohibited acts militates against such a requirement. The word “take”, for example, used in the English text of the section, is commonly understood to mean, *inter alia*, “to cause (a person or animal) to go with one”: *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. XVII, at p. 564; see also D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), at p. 141. The verb “enlever”, which appears in the French text, is somewhat more precise, as it connotes the action of “soustraire (une personne) à l'autorité de ceux qui en ont la garde”: *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 1986), t. III, at p. 1002. Reading the two texts together, I conclude that a “taking” or “enlèvement” occurs where the accused causes the child to come or go with him or her, and, in the process, excludes the authority of another person who has lawful care or charge of the child. There is nothing in s. 283 to suggest that the deprived parent, guardian or other person having lawful care or charge of the child must actually have had possession of the child at the moment of the offence. Indeed, by also prohibiting acts such as “concealing”, “harbouring” and “receiving” — acts which can only be committed while the child is not in the possession of the deprived parent — Parliament has indicated that child abduction by a parent, even in the absence of a custody order, can be found to have occurred regardless of whether the child was in the possession of the deprived parent at the relevant time.

Finding little to support his position in the words used to describe the *actus reus* of s. 283, the appellant rests his argument in large part on the formulation of the *mens rea* of the offence. He points out that an accused cannot be convicted

Pour sa part, l'appelant développe un argument légèrement différent quant aux raisons pour lesquelles son acquittement devrait être confirmé. Il insiste sur le fait qu'un accusé ne peut être déclaré coupable en vertu de l'art. 283 que si le parent dépossédé avait la possession de l'enfant au moment de l'infraction. La portée des termes choisis par le législateur fédéral pour exprimer les actes prohibés milite pourtant contre l'existence d'une telle exigence. Par exemple, le mot «take» utilisé dans la version anglaise de l'article a notamment comme sens ordinaire [TRANSDUCTION] «emmener (une personne ou un animal) avec soi»: *Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), vol. XVII, à la p. 564; voir aussi D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), à la p. 141. Le verbe «enlever» utilisé dans la version française est un peu plus précis, étant donné qu'il signifie l'action de «soustraire (une personne) à l'autorité de ceux qui en ont la garde»: *Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 1986), t. III, à la p. 1002. Lisant les deux textes en corrélation, je conclus qu'il y a «taking» ou «enlèvement» lorsque l'accusé emmène l'enfant avec lui et que, ce faisant, il le soustrait à l'autorité d'une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. Rien dans l'art. 283 n'indique que la personne dépossédée, qu'il s'agisse du père, de la mère, du tuteur ou d'une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant, doive concrètement avoir eu la possession de l'enfant au moment de l'infraction. De fait, en interdisant également des actes tels que le fait de «cacher», d'«héberger» et de «recevoir» — actes qui ne peuvent être accomplis que lorsque l'enfant n'est pas en la possession du parent dépossédé — le législateur fédéral a indiqué qu'il est possible de conclure à l'enlèvement d'un enfant par le père ou la mère, et ce même en l'absence d'une ordonnance concernant la garde et indépendamment du fait que l'enfant était ou non en la possession du parent dépossédé au moment pertinent.

Trouvant peu d'appui au soutien de son argument dans les termes mêmes de l'art. 283 pour décrire l'*actus reus* de l'infraction, l'appelant se fonde en grande partie sur la formulation de la *mens rea* requise. Il souligne qu'un accusé ne peut

unless he or she had the “intent to deprive [the other parent] of the possession” of the child, and asserts that a person cannot be “deprived” of something that he or she does not have. However, this argument has been made before, and it did not find favour even under the more narrowly worded provisions in force prior to ss. 281 to 283. In an often-cited case, *Re Lorenz* (1905), 9 C.C.C. 158 (Que. K.B.), an alleged abductor contended that “she could not be held guilty of taking away from her husband what he had not actually had, viz., the possession of the child, although he might be legally entitled to it” (p. 161). The court dismissed the argument, stating that when the statute spoke of the “intent to deprive . . . of the possession”, it is not “the possession he *has* had of which the parent has been deprived, but of that to which he is *entitled*” (pp. 161-62 (emphasis in original)).

être déclaré coupable que s’il avait «l’intention de priver [l’autre parent] de la possession» de l’enfant, et il affirme qu’une personne ne peut être «privée» de quelque chose qu’elle n’a pas. Cet argument, déjà présenté dans le passé, n’a pas été retenu, même compte tenu du libellé plus restrictif des dispositions qui étaient en vigueur avant l’adoption des art. 281 à 283. Dans une affaire souvenue citée, *Re Lorenz* (1905), 9 C.C.C. 158 (B.R. Qué.), une femme accusée d’enlèvement avait prétendu [TRADUCTION] «qu’elle ne pouvait pas être coupable d’avoir enlevé à son mari ce qu’il n’avait pas concrètement, c’est-à-dire la possession de l’enfant, même s’il pouvait légalement y avoir droit» (p. 161). La cour a rejeté cet argument, déclarant que lorsque la loi parle de [TRADUCTION] «l’intention de priver [. . .] de la possession», il ne s’agit pas de «la possession dont il *jouissait* que le parent [dépossédé] a été privé, mais plutôt de celle à laquelle il *a droit*» (pp. 161 et 162 (en italique dans l’original)).

17 Indeed, to “deprive” a person of something means, among other things, to keep that person from that which he or she would otherwise have: *Oxford English Dictionary*, *supra*, vol. IV, at p. 490. Similarly, the French verb “priver” means “empêcher (qqn) de jouir d’un bien, d’un avantage présent ou futur; enlever à (qqn) ce qu’il a ou lui refuser ce qu’il espère, ce qu’il attend”: *Le Grand Robert*, *supra*, t. VII, at p. 779. This suggests that the accused would have the requisite intent if he or she intended to keep the other parent from having a possession to which he or she would otherwise be entitled.

De fait, en anglais, «to deprive» une personne de quelque chose signifie notamment frustrer cette personne de quelque chose qu’autrement elle aurait: *Oxford English Dictionary*, *op. cit.*, vol. IV, à la p. 490. De même, en français, le verbe «priver» signifie «empêcher (qqn) de jouir d’un bien, d’un avantage présent ou futur; enlever à (qqn) ce qu’il a, ou lui refuser ce qu’il espère, ce qu’il attend»: *Le Grand Robert*, *op. cit.*, t. VII, à la p. 779. Cela tend à indiquer que l’accusé avait l’intention requise s’il entendait frustrer l’autre parent de la possession à laquelle ce dernier avait par ailleurs droit.

18 Moreover, this Court considered the meaning of the phrase “with intent to deprive . . . of the possession” under s. 281 of the *Criminal Code*, in *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, and observed that “possession” is not limited to circumstances in which the deprived parent is actually in physical control of the child at the time of the taking, but extends to the ability to exercise control over the child. Consequently, the intent to deprive of possession will exist whenever “the taker knows or foresees that his or her actions would be certain or substantially certain to result in the parents (guard-

Qui plus est, dans *R. v. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, notre Cour a examiné le sens des mots «avec l’intention de priver de la possession» utilisés à l’art. 281 du *Code criminel*, et elle a fait observer que la «possession» ne se limite pas aux cas où le parent dépossédé exerçait concrètement la surveillance physique de l’enfant au moment de l’enlèvement, mais vise également la capacité de ce parent d’exercer la surveillance de l’enfant. Par conséquent, il y a intention de priver de la possession dans tous les cas où «l’auteur de l’enlèvement sa[it] ou prévoi[t] qu’il est certain ou presque

ians, etc.) being deprived of the ability to exercise control over the child”: *Chartrand*, at p. 889. There is nothing in this *mens rea* to suggest that the *actus reus* requires anything more than preventing a parent, guardian, or other person having lawful care or charge of the child, from exercising control over that child.

The appellant further contends that the interpretation favoured by the Court of Appeal has the effect of unduly expanding the scope of criminal liability, and elevating a deprivation of access to the status of criminal conduct. It must be borne in mind, however, that the essence of the offence is an intentional interference with a parent’s ability to exercise control over his or her child. No accused will be convicted under s. 283 unless he or she intended to deprive a person entitled to possession of the child of that possession. And if an accused does take a child and thereby excludes the authority of a person who has lawful care or charge of the child, with intent to deprive that person of the possession of the child, I see no reason to permit the accused to hide behind his or her status as a custodial parent or the other parent’s status as an access parent.

In this connection, it is important to remember, as Deschamps J.A. of the Quebec Court of Appeal wrote in *Augustus v. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, that “if parental status entails responsibilities, it is the source of few right[s]” (p. 357). Indeed, all rights of custody and access exist only to the extent that they permit the custodial or access parent to act in the best interests of the child: *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, at para. 69, *per* L’Heureux-Dubé J. It follows that although the parties and the courts below speak of ss. 281 to 283 as provisions enacted for the protection of parental “rights”, their ultimate purpose is the protection of children. In *Chartrand*, *supra*, we described this purpose in this way (at p. 880):

certain que ses actes priveront les parents (tuteurs, etc.) de la capacité d’exercer leur contrôle sur l’enfant»: *Chartrand*, à la p. 889. Dans le présent cas, rien dans la formulation de la *mens rea* ne tend à indiquer que l’*actus reus* exige davantage que le fait d’empêcher le père, la mère, un tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l’enfant d’exercer leur surveillance sur cet enfant.

L’appelant avance aussi que l’interprétation retenue par la Cour d’appel a pour effet d’élargir indûment le champ de la responsabilité criminelle et de faire de la privation d’accès une conduite criminelle. Il faut se rappeler, toutefois, que l’essence de l’infraction est une entrave intentionnelle à la capacité d’un parent d’exercer sa surveillance sur son enfant. Un accusé ne sera déclaré coupable en vertu de l’art. 283 que s’il avait l’intention de priver de la possession de l’enfant une personne qui y avait droit. De plus, si un accusé enlève effectivement un enfant et que, ce faisant, il le soustrait à l’autorité d’une personne qui en a la garde ou la charge légale, avec l’intention de priver cette personne de la possession de l’enfant, je ne vois aucune raison de permettre à l’accusé de se réfugier derrière son statut de parent gardien ou derrière celui de l’autre parent, c’est-à-dire de parent ayant un droit d’accès.

Sur ce point, il est important de rappeler, comme l’a écrit le juge Deschamps de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335, que [TRADUCTION] «quoique la qualité de parent comporte des responsabilités, elle est la source de peu de droits» (p. 357). De fait, les droits de garde et d’accès n’existent que pour permettre au parent gardien et à celui qui a un droit d’accès d’agir dans l’intérêt de l’enfant: voir mes motifs dans l’arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, au par. 69. Il s’ensuit que, même si les parties et les tribunaux d’instance inférieurs parlent des art. 281 à 283 comme étant des dispositions édictées pour protéger les «droits» des parents, l’objectif ultime de ces dispositions est la protection des enfants. Dans *Chartrand*, précité, nous avons dit que cet objectif consiste (à la p. 880):

19

20

... to secure the right and ability of parents (guardians, etc.) to exercise control over their children ... for the protection of those children, and at the same time to prevent the risk of harm to children by diminishing their vulnerability.

This description was given in the context of s. 281; however, I believe that s. 283 has the same broad purpose. Parliament has decided that the protection of children rests in ensuring that people entitled to exercise care and control over children are able to do so. Accordingly, by enacting ss. 281 to 283, Parliament has criminalized conduct — whether by a stranger or a parent, and whether or not there is a custody order in force — that intentionally interferes with a parent's lawful exercise of care and control over the children.

... [tant à] garantir le droit et la faculté des parents (tuteurs, etc.) d'exercer leur autorité sur leurs enfants [...] afin de protéger ces derniers, qu'à prévenir le risque de préjudice aux enfants, en réduisant leur vulnérabilité.

Cette description a été donnée dans le contexte d'une affaire fondée sur l'art. 281. Toutefois, je crois que l'art. 283 vise le même objectif général. Le législateur fédéral a décidé que la façon d'assurer la protection des enfants est de faire en sorte que les personnes qui en assument le soin et la surveillance soient en mesure de le faire. Par conséquent, en édictant les art. 281 à 283, le législateur a criminalisé des conduites — que celles-ci soient le fait d'un étranger ou de l'un des parents, et qu'une ordonnance relative à la garde soit ou non en vigueur — qui entravent intentionnellement l'exercice légitime par le père ou la mère de son droit d'assumer le soin et la surveillance des enfants.

21

Before 1983, the *Criminal Code* did not distinguish explicitly between parents and strangers. Section 250 provided simply that:

250. (1) Every one who, with intent to deprive a parent or guardian or any other person who has lawful care or charge of a child under the age of fourteen years of the possession of that child, or with intent to steal anything on or about the person of such a child, unlawfully

- (a) takes or entices away or detains the child, or
- (b) receives or harbours the child,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

(2) This section does not apply to a person who, claiming in good faith a right to possession of a child, obtains possession of the child. [Emphasis added.]

However, courts generally held the view that, in the absence of a judicial order to the contrary, a parent had authority over and a right to possession of his own child and, therefore, could not be found guilty of child abduction. They therefore interpreted s. 250(2) as being available to any parent accused of abducting his or her own child, unless the taking violated a custody order: see *R. v. Cowan* (1910), 17 O.W.R. 553 (Co. Ct.), at p. 554;

Avant 1983, le *Code criminel* ne distinguait pas explicitement entre parents et étrangers. L'article 250 prescrivait simplement ceci:

250. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, avec l'intention de priver le père ou la mère, un tuteur ou une autre personne ayant le soin ou la garde légitime d'un enfant de moins de quatorze ans, de la possession de cet enfant, ou avec l'intention de voler quelque chose sur la personne de cet enfant, illégalement

- a) enlève ou entraîne ou retient l'enfant, ou
- b) reçoit ou héberge l'enfant.

(2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, réclamant de bonne foi le droit à la possession d'un enfant, obtient la possession de cet enfant. [Je souligne.]

Les tribunaux avaient généralement été d'opinion, cependant, que, en l'absence d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire, le père et la mère sont titulaires de l'autorité sur leur enfant ainsi que d'un droit de possession sur celui-ci, et que, par conséquent, ils ne peuvent pas être déclarés coupables de l'avoir enlevé. Les tribunaux avaient donc jugé que le par. 250(2) pouvait être invoqué par tout parent accusé d'avoir enlevé son propre

R. v. Anagnostis, [1970] 1 O.R. 595 (Co. Ct.), at p. 597; *R. v. Miller* (1982), 36 O.R. (2d) 387 (Co. Ct.); *R. v. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165 (Alta. C.A.); *R. v. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471 (N.S.C.A.), at p. 475; *R. v. Hammerbeck* (1991), 2 B.C.A.C. 123; E. G. Ewaschuk, "Abduction of Children by Parents" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176, at p. 179; B. Johnstone, "Parental Child Abduction Under the Criminal Code" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 271, at p. 273; I. J. Sagatun and L. Barrett, "Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses" (1990), 18 *J. Crim. Just.* 433, at p. 434; and S. L. Pollet, "Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?" (1993), 21 *J. Psychiatry & L.* 417, at p. 419.

The state of the law before 1983 was subject to criticism for neglecting the large number of child abductions which occur in advance of a court order for custody. The problem of pre-emptive abductions was discussed by Sagatun and Barrett, *supra*, at p. 437, for example, and by children's advocates before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence* of June 3, 1982, at pp. 93:10 and 93:11. Section 250, as interpreted by the courts, contained a sizable loophole which permitted a parent anticipating an application for custody by the other parent to short-circuit the court proceedings simply by taking the children.

The 1983 amendments (S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 20) closed this gap. The *Code* continues to prohibit takings by strangers (now s. 281), and takings by a parent in contravention of the custody provisions of a custody order (now s. 282). However, it also contains a completely new section (s. 283) which extends criminal liability to intentional takings — the same *actus reus* and *mens rea* described in ss. 281 and 282 — committed by a parent even in the absence of a custody order. Thus, by the time of the incidents which gave rise

enfant, sauf si l'enlèvement violait une ordonnance relative à la garde: voir *R. c. Cowan* (1910), 17 O.W.R. 553 (C. cté), à la p. 554; *R. c. Anagnostis*, [1970] 1 O.R. 595 (C. cté), à la p. 597; *R. c. Miller* (1982), 36 O.R. (2d) 387 (C. cté); *R. c. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165 (C.A. Alb.); *R. c. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471 (C.A.N.-É.), à la p. 475; *R. c. Hammerbeck* (1991), 2 B.C.A.C. 123; E. G. Ewaschuk, «Abduction of Children by Parents» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176, à la p. 179; B. Johnstone, «Parental Child Abduction Under the Criminal Code» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 271, à la p. 273; I. J. Sagatun et L. Barrett, «Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses» (1990), 18 *J. Crim. Just.* 433, à la p. 434; et S. L. Pollet, «Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?» (1993), 21 *J. Psychiatry & L.* 417, à la p. 419.

Le droit applicable avant 1983 a été critiqué parce qu'il ne tenait pas compte du grand nombre d'enlèvements d'enfants qui survenaient avant que le tribunal ne rende une ordonnance relative à la garde. Le problème des enlèvements préventifs a été analysé par Sagatun et Barrett, *op. cit.*, à la p. 437, entre autres, et par les défenseurs des droits des enfants devant le Comité permanent de la Justice et des questions juridiques: *Procès-verbaux et témoignages*, 3 juin 1982, aux pp. 93:10 et 93:11. De la façon dont les tribunaux l'interprétaient, l'art. 250 contenait une échappatoire de taille, qui permettait à celui des deux parents qui prévoyait que l'autre demanderait la garde des enfants de court-circuiter la procédure judiciaire, et ce tout simplement en enlevant les enfants.

Les modifications de 1983 (S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 20) ont éliminé cette lacune. Le *Code* continue d'interdire les enlèvements d'enfants soit par des étrangers (maintenant l'art. 281), soit par le père ou la mère contrairement aux dispositions d'une ordonnance relative à la garde (maintenant l'art. 282). Toutefois, il renferme un tout nouvel article (l'art. 283) qui étend la responsabilité criminelle aux enlèvements intentionnels — mêmes *actus reus* et *mens rea* que ceux décrits aux art. 281 et 282 — commis par le père ou la mère,

to the present appeal, the provisions read as follows:

281. Every one who, not being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, unlawfully takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

282. Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in contravention of the custody provisions of a custody order in relation to that person made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

283. (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in relation to whom no custody order has been made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person, is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction. [Emphasis added.]

All three offences involve taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring a child with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of the child, of the possession of that child. They differ only as to the identity of the person who commits the offence (whether a stranger or a

même en l'absence d'une ordonnance relative à la garde. Ainsi, au moment des incidents qui ont donné lieu au présent pourvoi, les dispositions applicables étaient libellées de la façon suivante:

281. Quiconque, n'étant pas le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

282. Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne contrairement aux dispositions d'une ordonnance rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne, est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

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

283. (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne sans qu'une ordonnance n'ait été rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. [Je souligne.]

Les trois infractions comportent le fait d'enlever, d'entraîner, de retenir, de recevoir, de cacher ou d'héberger un enfant avec l'intention de priver de la possession de celui-ci le père, la mère, le tuteur ou toute autre personne qui en a la garde ou la charge légale. Elles diffèrent seulement par l'identité de la personne qui commet l'infraction (soit un

parent) and as to the existence or violation of a custody order in respect of the child.

In repealing s. 250(2) and adding what is now s. 283, Parliament clearly intended to expand the reach of the child abduction provisions so as to protect children from unilateral removal, even in the absence of a custody order, and even by a person who could, in some sense, claim a right to possession of the child. The interpretation favoured by the appellant would unacceptably undermine this purpose.

Indeed, if the appellant's submissions on this question of law were accepted, it would severely reduce the scope of all three child abduction offences. For example, a non-custodial parent who, in contravention of a custody order, acted as the appellant is alleged to have done, would escape criminal liability under s. 282. There would have been no "taking", since the deprived custodial parent did not actually have the possession of the child at the time of the offence. Similarly, under the appellant's interpretation, a stranger who plucked a lost child off the street, with intent to deprive the child's parents of the possession of the child, could not be convicted under s. 281. There would be no "taking", as the child was not in the possession of its parents at the time of the alleged offence.

The courts have consistently refused to adopt such a narrow interpretation of the offence of child abduction. An excellent example is the Nova Scotia Court of Appeal's decision in *Cook, supra*, which the appellant himself calls the "seminal decision" on s. 283. In that case, far from confirming the right of a parent to disappear with his or her children provided that they are not taken from the actual possession of the other parent, the Nova Scotia Court of Appeal in fact upheld the conviction of a father in circumstances quite similar to those of the case at bar. In *Cook*, as here, there was no custody order in respect of the child, so both

étranger soit le père ou la mère) et par l'existence ou la violation d'une ordonnance relative à la garde de l'enfant.

En abrogeant le par. 250(2) et en ajoutant ce qui est maintenant l'art. 283, le législateur fédéral avait clairement l'intention d'élargir la portée des dispositions relatives à l'enlèvement d'enfants de manière à protéger les enfants contre les prises de possession unilatérales, même en l'absence d'une ordonnance relative à la garde, et même par une personne qui pourrait, en un sens, prétendre à un droit à la possession de l'enfant. L'interprétation préconisée par l'appelant compromettrait de façon inacceptable la réalisation de cet objectif.

De fait, si les arguments présentés par l'appelant sur cette question de droit étaient retenus, cela aurait pour effet de réduire considérablement la portée des trois infractions d'enlèvement d'enfants. Par exemple, le parent non gardien qui, contrairement à une ordonnance relative à la garde, ferait ce qu'on reproche à l'appelant, pourrait échapper à la responsabilité criminelle prévue par l'art. 282. Il n'y aurait pas eu «enlèvement», étant donné que le parent gardien dépossédé n'avait pas concrètement la possession de l'enfant au moment de l'infraction. De même, selon l'interprétation de l'appelant, un étranger qui arracherait à la rue un enfant perdu, avec l'intention de priver les parents de cet enfant de la possession de celui-ci, ne pourrait pas être déclaré coupable en vertu de l'art. 281. En effet, il n'y aurait pas eu «enlèvement», puisque l'enfant n'était pas en la possession de ses parents au moment de l'infraction reprochée.

Les tribunaux ont systématiquement refusé d'adopter une interprétation aussi étroite de l'infraction d'enlèvement d'enfants. Un excellent exemple de cette position est l'arrêt *Cook*, précité, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, que l'appelant lui-même qualifie [TRADUCTION] «d'arrêt de principe» en ce qui concerne l'art. 283. Dans cette décision, loin de confirmer le droit d'un parent de s'éclipser avec ses enfants pourvu qu'il ne les enlève pas à la possession de fait de l'autre parent, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a effectivement confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre un père dans des circons-

24

25

26

parents were entitled to custody of the child by virtue of the *Family Maintenance Act*. As in the case at bar, the accused had possession of the child with the permission of the mother (although, admittedly, in *Cook* the permission was much more limited). As in the case at bar, the accused vanished with the child. The Nova Scotia Court of Appeal upheld the accused's conviction for abduction under s. 283. See also *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393 (B.C.C.A.).

tances très semblables à celles de la présente affaire. Tout comme en l'espèce, dans *Cook*, aucune ordonnance relative à la garde de l'enfant n'avait été rendue, de sorte que les deux parents avaient droit à la garde de l'enfant en vertu de la *Family Maintenance Act*. Comme dans le présent cas, l'accusé était en possession de l'enfant avec la permission de la mère (quoique, dans *Cook*, il faut le préciser, la permission avait une portée beaucoup plus limitée). Comme en l'espèce, l'accusé s'était éclipsé avec l'enfant. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 283. Voir aussi *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393 (C.A.C.-B.).

27 Even under the pre-1983 legislation, courts have upheld convictions for child abduction where the child was not in the possession of the deprived parent. In *Enkirch*, *supra*, for example, another decision relied on by the appellant, the Alberta Court of Appeal entered a conviction against an accused under former s. 250 notwithstanding that there had been no transfer of possession and that, at the time of the offence, the child was lawfully in the possession of the accused under the access terms of a custody order.

D'ailleurs, même dans les affaires fondées sur les dispositions législatives en vigueur avant 1983, les tribunaux ont confirmé des déclarations de culpabilité pour enlèvement d'enfant lorsque l'enfant n'était pas en la possession du parent dépossédé. Par exemple, dans *Enkirch*, précité, autre arrêt invoqué par l'appellant, la Cour d'appel de l'Alberta a inscrit contre l'accusé une déclaration de culpabilité en vertu de l'ancien art. 250, même s'il n'y avait eu aucun transfert de possession et que, au moment de l'infraction, l'enfant était légalement en la possession de l'accusé aux termes des conditions d'accès prévues par l'ordonnance relative à la garde.

28 These decisions are consistent with the proposition that a "taking" can be found to have occurred notwithstanding that the children were not removed from the actual physical possession of the deprived parent but were, in fact, in the possession of the depriving parent. Considering the scheme and purpose of ss. 281 to 283 as well as the wording of the provisions, I am left with no doubt that the principle underlying these decisions is correct. There is no requirement in s. 283 that the deprived parent have the possession of the child at the moment of the alleged offence. Accordingly, this ground of appeal must fail.

Ces arrêts sont compatibles avec la proposition selon laquelle il est possible de conclure qu'il y a eu «enlèvement», même si les enfants n'ont pas été soustraits à la possession physique concrète du parent dépossédé par le parent dépossédant, mais qu'ils se trouvaient plutôt effectivement en la possession de ce dernier. Compte tenu de l'économie et de l'objet des art. 281 à 283, de même que de leur libellé, je n'ai aucun doute en ce qui concerne le bien-fondé du principe sur lequel reposent ces arrêts. L'article 283 n'exige pas que le parent dépossédé ait eu la possession de l'enfant au moment de la perpétration de l'infraction reprochée. Par conséquent, ce moyen d'appel doit être rejeté.

B. *Whether the Court of Appeal erred in law by failing to apply the defence of consent contained in s. 284 of the Criminal Code*

The appellant argues that, even assuming that his arguments on s. 283 are not accepted, there is no need for a new trial since a defence under s. 284 of the *Criminal Code* was raised on “the undisputed facts”. The English text of s. 284 of the *Code* reads as follows:

284. No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care, or charge of that young person. [Emphasis added.]

The appellant reasons that, since he is the parent who had lawful possession of the child at the time of the alleged offence, his consent suffices under s. 284 as a defence to any charge under s. 283.

I cannot accept the notion that a person who takes a child with intent to deprive the child’s parent, or another person having lawful care or charge of the child, of possession of the child could escape liability by giving his or her own consent to the taking. Under the appellant’s interpretation of s. 284, a babysitter or a teacher could take a child with intent to deprive the child’s parents of possession of the child, and escape criminal liability under s. 281 simply by giving his or her own consent as a person having lawful possession of the child. Such an absurd result could not have been within the contemplation of Parliament in enacting s. 284.

My view is confirmed by the French text of s. 284, which states that the defence is available where “le père, la mère, le tuteur ou l’autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de moins de quatorze ans en ques-

B. *La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en n’appliquant pas le moyen de défense fondé sur le consentement prévu à l’art. 284 du Code criminel?*

L’appelant prétend que, même si ses arguments concernant l’art. 283 ne sont pas retenus, la tenue d’un nouveau procès n’est pas appropriée puisque les [TRADUCTION] «faits non contestés» soulèvent l’application du moyen de défense prévu à l’art. 284. Le texte anglais de l’art. 284 du *Code* est rédigé ainsi:

284. *No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care, or charge of that young person.* [Je souligne.]

L’appelant fait le raisonnement suivant: comme il est le parent qui avait la possession légale de l’enfant au moment de l’infraction reprochée, son consentement suffit pour entraîner l’application du moyen de défense prévu à l’art. 284 contre une accusation portée en vertu de l’art. 283.

Cet argument est inacceptable en ce que la personne qui enlève un enfant avec l’intention de priver de la possession de celui-ci le père, la mère ou une autre personne en ayant la garde ou la charge légale pourrait échapper à toute responsabilité en donnant son propre consentement à l’enlèvement. Suivant l’interprétation que fait l’appelant de l’art. 284, un gardien d’enfants ou un enseignant pourrait enlever un enfant avec l’intention de priver les parents de sa possession et échapper à la responsabilité criminelle prescrite par l’art. 281, tout simplement en donnant son propre consentement à l’enlèvement en qualité de personne ayant la possession légale de l’enfant. Lorsqu’il a édicté l’art. 284, le législateur fédéral ne saurait avoir envisagé un résultat aussi absurde.

Mon point de vue est confirmé par le texte français de l’art. 284, qui indique que le moyen de défense peut être invoqué lorsque «le père, la mère, le tuteur ou l’autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de

29

30

31

tion a consenti aux actes reprochés". (underlining added) There is no reference to possession. I cannot but conclude that the consent referred to in s. 284 must come, not from the accused himself or herself, but from the person whom the accused intended to deprive of possession of the child.

32

It therefore cannot be maintained that a defence under s. 284 arises "on the undisputed facts". That is not to say that there is no possible argument to be made under s. 284. Assuming (without deciding) that the appellant's conduct falls *prima facie* within s. 283, it may be possible for the appellant to argue that Seymour consented to the taking so as to engage s. 284. However, this factual question is very much in dispute, and should be resolved at trial.

C. Whether the Court of Appeal erred in law in holding that the ex parte order of the Family Court gave Seymour a right to possession of the child

33

The appellant argues that the order of the Family Court giving Seymour "interim liberal access" was not lawful because the Family Court issued it without first hearing from him. According to the appellant, the legality of the order is of the utmost importance because it was the basis on which the Court of Appeal found that Seymour had a right to possession of the child.

34

In fact, however, the majority of the Court of Appeal also pointed out that "[a]s the mother of the child, Ms Seymour had a right to custody even though she had consented to Dawson having custody of the child when they separated" (p. 151). Presumably, Hallett J.A. was alluding to the provision in s. 18(4) of the *Family Maintenance Act* that, in the absence of a court order or legislative provision to the contrary, the parents of a child are equally entitled to custody of the child. Thus, even if it were assumed that the appellant could successfully challenge the legality of the order of the

moins de quatorze ans en question a consenti aux actes reprochés» (je souligne). Il n'y est pas fait mention de la possession. Je ne saurais conclure autrement que le consentement visé à l'art. 284 doit émaner non pas de l'accusé lui-même, mais plutôt de la personne que ce dernier entendait priver de la possession de l'enfant.

Il n'est donc pas possible de soutenir que les «faits non contestés» donnent ouverture au moyen de défense prévu à l'art. 284. Cela ne veut pas dire qu'aucun argument ne puisse être présenté en vertu de l'art. 284. À supposer (sans pour autant trancher la question) que la conduite de l'appelant relève *prima facie* de l'art. 283, ce dernier pourrait peut-être plaider que M^{me} Seymour a consenti à l'enlèvement, et ainsi faire entrer en jeu l'art. 284. Toutefois, cette question de fait est très contestée et devrait être tranchée au procès.

C. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l'ordonnance rendue ex parte par le tribunal de la famille accordait à M^{me} Seymour un droit à la possession de l'enfant?

L'appelant prétend que l'ordonnance du tribunal de la famille accordant à M^{me} Seymour un «accès provisoire souple» n'était pas valide parce que le tribunal l'a rendue sans lui avoir donné au préalable l'occasion de se faire entendre. Selon l'appelant, la question de la légalité de cette ordonnance est de la plus haute importance parce qu'elle constitue le fondement sur lequel la Cour d'appel s'est appuyée pour conclure que M^{me} Seymour avait droit à la possession de l'enfant.

De fait, cependant, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont également souligné que [TRADUCTION] «[e]n tant que mère de l'enfant, M^{me} Seymour avait un droit de garde, même si elle avait consenti, au moment de la séparation, à ce que M. Dawson ait la garde des enfants» (p. 151). Il est probable que le juge Hallett faisait ici allusion à la disposition du par. 18(4) de la *Family Maintenance Act* qui énonce que, en l'absence d'une ordonnance judiciaire ou disposition législative à l'effet contraire, les parents d'un enfant ont, à l'égard de celui-ci, un droit de garde égal. Par

Family Court, there could well be room to argue that Seymour's right to possession of Michael, for the purposes of s. 283 of the *Code*, can be supported on the basis of the *Family Maintenance Act*.

However, it does not fall to us to decide these points. This is not an appeal from the order of the Family Court. Nor is it a trial, at which the question of whether Seymour was entitled to the possession of Michael ought to be determined in the first instance on the basis of the evidence adduced. The trial judge made no findings on this issue, and, indeed, the appellant has indicated that there is additional evidence not presented at the first trial that may be relevant. This ground of appeal should therefore fail.

In that respect, I fully agree with my colleague Iacobucci J.'s reasons in reply to my colleague McLachlin J.'s reasons.

D. Whether the Court of Appeal erred in law by allowing the Crown's appeal from the acquittal entered at trial, when the Crown's appeal failed to raise a question of law

The appellant's final contention is that the Crown's appeal from the acquittal entered at trial should have been dismissed by the Court of Appeal, as it failed to raise a question of law. However, in light of the foregoing, I think it is obvious that the Crown's appeal was based on a question of law, namely the proper interpretation of the *actus reus* of s. 283 of the *Criminal Code*. This ground of appeal, like the others, should be rejected.

VI. Conclusion

Much was made by the appellant, in his factum and in oral argument, about the agreement between Seymour and the appellant regarding Michael's upbringing. The appellant attempted, in essence, to

conséquent, même en supposant que l'appellant puisse contester avec succès la légalité de l'ordonnance du tribunal de la famille, il pourrait néanmoins être possible de plaider que le droit de M^{me} Seymour à la possession de Michael puisse, pour l'application de l'art. 283 du *Code*, s'appuyer sur la *Family Maintenance Act*.

Il ne nous appartient toutefois pas de statuer sur ces questions. Le présent pourvoi ne vise pas l'ordonnance du tribunal de la famille. Il n'est pas non plus un procès où il faudrait trancher, à la lumière de la preuve présentée, la question de savoir si M^{me} Seymour avait droit à la possession de Michael. Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion sur cette question et, de fait, l'appellant a indiqué qu'il y a des éléments de preuve additionnels, non présentés au premier procès, qui pourraient s'avérer pertinents. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté.

À cet égard, je suis entièrement d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Iacobucci en réponse aux motifs de ma collègue Madame le juge McLachlin.

D. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement prononcé au procès, alors que cet appel ne soulevait aucune question de droit?

Le dernier argument de l'appellant est que l'appel du ministère public contre l'acquittement inscrit au procès aurait dû être rejeté par la Cour d'appel, étant donné que cet appel ne soulevait aucune question de droit. Vu ce qui précède, je pense qu'il est évident que l'appel du ministère public était fondé sur une question de droit, c'est-à-dire l'interprétation appropriée de l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 283 du *Code criminel*. Comme les autres, ce moyen d'appel doit être rejeté.

VI. Conclusion

L'appellant a beaucoup insisté, tant dans son mémoire qu'au cours de l'argumentation orale, sur l'entente intervenue entre lui et M^{me} Seymour au sujet de l'éducation de Michael. Essentiellement,

35

36

37

38

paint himself as a sole custodial parent and Seymour as a mere access parent. The Crown did not allow these assertions to go unanswered. It responded that Seymour no longer assents to the arrangement, and that, in any event, s. 18(4) of the *Family Maintenance Act* grants both parents joint custody of Michael in the absence of a custody order. However, as I stated at the outset, it is not the role of the Court to determine whether Seymour was entitled to possession of Michael. That determination is a matter for trial. All we are called upon to decide is whether, assuming that a person is a parent, guardian or other person having lawful care or charge of a child, an accused may be found to have taken the child with intent to deprive that person of the possession of the child even if, at the moment of the alleged offence, the deprived person did not have the possession of the child.

l'appelant a tenté de se présenter comme le seul parent gardien et de dépeindre M^{me} Seymour comme un parent jouissant d'un simple droit d'accès. Le ministère public n'a pas laissé ces prétentions sans réponse. Il a répliqué que M^{me} Seymour ne consent plus à l'arrangement et que, de toute façon, le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act* accorde la garde conjointe de Michael au père et à la mère, en l'absence d'une ordonnance relative à la garde. Toutefois, comme je l'ai dit au départ, il n'appartient pas à notre Cour de déterminer si M^{me} Seymour avait droit à la possession de Michael. Cette question doit être tranchée au procès. La seule question que nous sommes appelés à décider est de savoir si un accusé peut être déclaré coupable d'avoir enlevé un enfant avec l'intention de priver une personne — que l'on suppose être le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant — de la possession de cet enfant, même si, au moment de l'infraction reprochée, la personne dépossédée n'était pas en possession de l'enfant.

39 This question, for the reasons I have set out above, should be answered in the affirmative. The text of s. 283, the purpose and scheme of the child abduction provisions, and even the case law cited by the appellant himself, indicate that the person whom the accused intended to deprive of possession need not actually have had possession of the child at the time of the offence in order for a conviction under s. 283 to be sustained.

Pour les motifs exposés ci-dessus, cette question doit recevoir une réponse affirmative. Le texte de l'art. 283, ainsi que l'objet et l'économie des dispositions relatives à l'enlèvement d'enfants, et même la jurisprudence invoquée par l'appelant, indiquent qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 283, que la personne que l'accusé entendait priver de la possession de l'enfant ait eu concrètement la possession de celui-ci au moment de l'infraction.

40 I therefore agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge committed an error of law in his interpretation of s. 283, and that a new trial should be ordered. In the result, I would dismiss the appeal.

Je suis donc d'accord avec la majorité de la Cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur de droit dans l'interprétation de l'art. 283, et qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. En conséquence, je rejetterais le pourvoi.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

MCLACHLIN J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal requires us to interpret the section of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as it stood in 1992, which criminalizes child abduction by parents or guardians. Section 283(1) made it an offence for a parent, guardian or lawful custodian of a child to take a child, not the subject of a custody order, with intent to deprive another parent or guardian or lawful custodian of the child of possession of the child. It read:

283. (1) Every one who, being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person, in relation to whom no custody order has been made by a court anywhere in Canada, with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person, is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

Section 283(1) was modified by s. 284, which reads:

284. No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care or charge of that young person.

Judith Seymour and Edward Dawson lived together. In 1983 they had a child, Michael. Three years later they separated. Ms. Seymour initially took the child with her. Very soon, however, she became unable to care for him. She agreed that Michael should go to live with his father, and that his father would be exclusively responsible for his

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

I. Introduction

Il nous faut, dans le présent pourvoi, interpréter le texte du par. 283(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui était en vigueur en 1992, et qui a pour effet de criminaliser l'enlèvement d'un enfant par ses père, mère ou tuteur. Aux termes de ce paragraphe, commettait une infraction le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'un enfant qui enlevait un enfant n'ayant fait l'objet d'aucune ordonnance relative à la garde, avec l'intention de priver de la possession de l'enfant le père, la mère, le tuteur ou une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. Ce paragraphe était rédigé ainsi:

283. (1) Quiconque, étant le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne sans qu'une ordonnance n'ait été rendue par un tribunal au Canada relativement à la garde de cette personne, avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable:

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

L'effet du par. 283(1) était tempéré par l'art. 284, qui est rédigé ainsi:

284. Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue aux articles 281 à 283 s'il démontre que le père, la mère, le tuteur ou l'autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de moins de quatorze ans en question a consenti aux actes reprochés.

Judith Seymour et Edward Dawson vivaient ensemble. En 1983, ils ont eu un enfant, Michael. Ils se sont séparés trois ans plus tard. Madame Seymour a d'abord pris l'enfant avec elle, mais elle est vite devenue incapable d'en prendre soin. Elle a consenti à ce que Michael aille vivre avec son père et à ce que ce dernier assume exclusive-

upbringing. This agreement had the effect of giving Mr. Dawson sole custody of Michael.

43 In 1992, six years after conferring custody of the child on Mr. Dawson, Ms. Seymour objected to certain limitations that Mr. Dawson was placing on her access to the child. She obtained a court order granting her "interim liberal access" and stipulating that the child not be removed from Nova Scotia. Shortly after being served with the order, Mr. Dawson took the child to California. He advised the Family Court by letter that he was acting out of a desire to protect the child's interests.

44 Mr. Dawson was arrested in California two years later. Upon returning to Nova Scotia, he was charged with disobeying a court order contrary to s. 127(1) of the *Criminal Code* and with abducting his child contrary to s. 283(1)(a) of the *Code*.

45 The trial judge acquitted Mr. Dawson of the offence of child abduction. He held that it was an essential element of an offence under s. 283(1) that the accused have taken the child from a person entitled to possession of the child. In his view, the mother did not have possession or any right to possession of the child at the time the father took him to California; rather the child "was legally in the care of his father . . . at all [material] times". Therefore an essential element of the offence was not met.

46 The majority of the Nova Scotia Court of Appeal, *per* Hallett J.A., interpreted s. 283(1) differently. In its view, the offence did not require that the mother have custody of the child at the time of the taking. It sufficed that the mother had a statutory right to possession of the child. The court found this right in the stipulation of the *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, which affirmed the common law rule that both parents have custody of a child. The custody agreement giving the father sole custody did not affect the mother's statutory right to custody. In the Court's

ment la responsabilité de son éducation. Cette entente avait pour effet d'accorder à M. Dawson la garde exclusive de Michael.

En 1992, six ans après avoir cédé la garde de l'enfant à M. Dawson, M^{me} Seymour a contesté certaines restrictions que M. Dawson lui imposait quant à l'accès à l'enfant. Elle a obtenu une ordonnance de la cour lui accordant un [TRADUCTION] «accès provisoire souple» et interdisant que l'enfant soit emmené à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse. Peu de temps après avoir reçu signification de l'ordonnance, M. Dawson a emmené l'enfant en Californie. Il a fait parvenir au tribunal de la famille une lettre expliquant qu'il avait agi ainsi afin de protéger les intérêts de l'enfant.

Monsieur Dawson a été arrêté en Californie deux ans plus tard. À son retour en Nouvelle-Écosse, il a été accusé d'avoir enfreint une ordonnance du tribunal contrairement au par. 127(1) du *Code criminel* et d'avoir enlevé son enfant en contravention de l'al. 283(1)a) du *Code*.

Le juge du procès a acquitté M. Dawson de l'accusation d'enlèvement d'enfant. Il a statué qu'un des éléments essentiels de l'infraction prévue au par. 283(1) était que l'accusé ait enlevé l'enfant à une personne qui avait droit à la possession de celui-ci. De l'avis du juge, la mère n'avait ni la possession ni aucun droit à la possession de l'enfant lorsque le père a emmené celui-ci en Californie. Au contraire, l'enfant [TRADUCTION] «avait été légalement sous la garde de son père [. . .] à tout moment [pertinent]». Par conséquent, il manquait un élément essentiel de l'infraction.

Le juge Hallett, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, a interprété le par. 283(1) différemment. Selon lui, il n'était pas nécessaire pour qu'il y ait infraction que la mère ait eu la garde de l'enfant au moment de l'enlèvement. Il suffisait que la mère ait, en vertu de la loi, droit à la possession de l'enfant. La cour a trouvé ce droit dans la disposition de la *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, qui a confirmé la règle de common law selon laquelle les deux parents ont la garde de leur enfant. L'entente accordant au père la garde exclusive n'avait

view, only a court order could deprive her of her custody right. It followed that the mother had a right to possession of the child sufficient to attract s. 283(1) of the *Criminal Code*. With reluctance, the Court of Appeal ordered a new trial, noting that the appellant had already paid a considerable price for his conduct.

Both the trial judge and the Court of Appeal held that in order for s. 283(1) to apply, the parent “deprived” of possession must have a right to possession of the child. The trial judge found that the parent said to be deprived in this case, the mother, did not have such right or entitlement because the custody agreement had transferred her custody rights to the father. The Court of Appeal, in contrast, held that because there was no court order concerning custody, but only an agreement, both parents had custody at common law and under the Nova Scotia *Family Maintenance Act*. Thus, the difference between the views of the trial judge and those of the Court of Appeal is based on their respective interpretations of the effect of the custody agreement between the parties. The trial judge held that an agreement giving one parent exclusive custody negates a right of the other parent to “possession” of the child of which she may be “deprived” under s. 283(1). The Court of Appeal, on the other hand, held that a custody agreement giving one parent sole custody does not remove the common law and statutory right to custody of the other parent. Only a court order giving one parent sole custody would deprive the other parent of the right to possession under the Act.

The issue arising from the judgments below is thus not whether s. 283(1) required that the “deprived” parent have possession or a right to possession of the child. All courts below agree that she must. The issue centers rather on the effect of a custody agreement, as opposed to a court order, on a parent’s common law custody rights. If it is concluded as a matter of law that a custody agreement, as opposed to a custody order, is capable of negat-

pas porté atteinte au droit de garde conféré par la loi à la mère. De l’avis de la cour, seule une ordonnance judiciaire pouvait la priver de son droit de garde. Il s’ensuit que la mère avait un droit à la possession de l’enfant donnant ouverture à l’application du par. 283(1) du *Code criminel*. Avec réticence, la Cour d’appel a ordonné un nouveau procès, soulignant que l’appelant avait déjà payé un prix considérable pour sa conduite.

Tant le juge du procès que ceux de la Cour d’appel ont statué que, pour que le par. 283(1) s’applique, le parent «dépossédé» doit avoir droit à la possession de l’enfant. Le juge du procès a conclu que le parent dit dépossédé en l’espèce, la mère, n’avait pas ce droit, puisque ses droits de garde avaient été transférés au père par l’entente relative à la garde. À l’opposé, la Cour d’appel a conclu que, comme il n’existait aucune ordonnance judiciaire concernant la garde, mais seulement une entente, les deux parents avaient droit à la garde en vertu de la common law et de la *Family Maintenance Act* de la Nouvelle-Écosse. Par conséquent, la différence de vues entre le juge du procès et ceux de la Cour d’appel est fondée sur leur interprétation respective des effets de l’entente relative à la garde conclue par les parties. Le juge du procès a statué qu’une entente accordant à un parent la garde exclusive fait perdre à l’autre parent le droit à la «possession» de l’enfant, possession dont il peut être «privé» au sens du par. 283(1). La Cour d’appel, au contraire, a statué qu’une entente relative à la garde confiant à un parent la garde exclusive ne fait pas perdre le droit de garde dont l’autre parent jouit en vertu de la common law et de la loi. Seule une ordonnance judiciaire accordant à un parent la garde exclusive peut priver l’autre parent du droit à la possession que lui confère la Loi.

La question en litige soulevée par les décisions des juridictions inférieures n’est donc pas de savoir si le par. 283(1) exige que le parent «dépossédé» ait la possession ou un droit à la possession de l’enfant. Toutes les juridictions inférieures conviennent que c’est le cas. La question en litige porte plutôt principalement sur les effets d’une entente relative à la garde — en comparaison de ceux d’une ordonnance judiciaire — sur les droits

ing a parent's common law right to custody, the further question arises of whether the custody agreement in this case had that effect. If it did, a final question arises: whether possession by the mother sufficient to attract s. 283(1) may be found on other grounds, such as her access rights or her right to apply to the courts for custody.

II. Legal Issues

49 The issues that emerge from the judgments under review suggest an analysis proceeding on the following lines:

(1) The nature of the requirement under s. 283(1) for the non-taking or "deprived" parent to have possession or a right to possession of the child;

(2) Whether a custody agreement, as opposed to a custody order, may remove a parent's common law right to possession for the purposes of s. 283(1);

(3) If so, whether the custody agreement in this case removed the mother's right of possession for purposes of s. 283(1);

(4) If so, whether there are alternative grounds on which the right to possession required by s. 283(1) may be asserted, such as access.

50 These, I perceive, are the real issues in the case. Unfortunately, a number of the arguments focussed undue attention on side-issues, such as whether custody in the "taking" parent provides an absolute defence, whether actual physical possession by the deprived parent is required by s. 283(1), and whether the father himself could consent to the taking. As will be seen, I substantially agree with L'Heureux-Dubé J.'s answers to

de garde dont dispose un parent en vertu de la common law. S'il est jugé que, en droit, une entente relative à la garde peut, au même titre qu'une ordonnance judiciaire, priver un parent du droit de garde que lui confère la common law, il faut ensuite se demander si, en l'espèce, l'entente en cause a eu cet effet. Dans l'affirmative, une deuxième question se soulève: Est-il possible d'établir une possession suffisante par la mère pour soulever l'application du par. 283(1) en se fondant sur d'autres motifs, par exemple ses droits d'accès ou son droit de demander la garde de l'enfant aux tribunaux?

II. Les questions de droit

Les points soulevés par les jugements examinés suggèrent une analyse comportant les questions suivantes:

(1) Quelle est la nature de l'exigence faite par le par. 283(1) que le parent «dépossédé» ou qui n'enlève pas, ait la possession de l'enfant ou un droit à la possession de celui-ci?

(2) Par comparaison avec une ordonnance relative à la garde, une entente relative à la garde peut-elle, pour l'application du par. 283(1), enlever à un parent le droit à la possession que lui confère la common law?

(3) Si oui, l'entente relative à la garde conclue en l'espèce a-t-elle enlevé à la mère son droit à la possession, pour l'application du par. 283(1)?

(4) Dans l'affirmative, existe-t-il d'autres motifs, par exemple les droits d'accès, permettant d'invoquer le droit à la possession requis par le par. 283(1)?

Voilà, à mon sens, les véritables questions en litige en l'espèce. Malheureusement, bon nombre d'arguments se sont attachés de manière excessive à des questions secondaires comme celle de savoir si le fait que le parent «qui enlève» a la garde constitue une défense absolue, si le par. 283(1) exige que le parent dépossédé ait eu la possession physique, et si le père lui-même pouvait consentir à l'enlèvement. Comme nous le verrons, je sous-

these side-issues; however, I do not agree that they resolve the appeal in favour of the respondent.

1. *The Nature of the Requirement of Section 283(1) for the "Deprived" Parent to Have Possession of the Child*

Both the trial judge and the Court of Appeal accepted that for there to be an offence under s. 283(1), the parent, guardian or person having lawful care or charge of the child from whom the child is alleged to be taken or otherwise kept must have some right of possession in the child. Otherwise, it is logically impossible to find that that parent has been deprived of possession of the child, as required by s. 283(1).

Section 283(1) targets the act of taking a child where there is no custody order in place. But certain conditions must be fulfilled before the act of taking becomes criminal. The person taking must have lawful custody. And the taking must be with the "intent to deprive" the other parent "of the possession of" the child. Unless there is another parent with a right to possession of the child, the intent to deprive required by s. 283(1) cannot be established. The section thus contemplates the situation where people share custody or "possession" of the child. It makes it an offence for one of those people to take the child without the consent of the other, and with intent to deprive the other of his or her right to possession or control of the child. The most common example is the situation of joint custody which exists at common law (confirmed by statute in most provinces) between parents whether separated or living together, absent agreement or court order to the contrary.

It is thus apparent that s. 283(1) applies only where the person alleged to be "deprived" by the taking of the child, has possession of the child. Possession is used in the legal sense of right of

cris en grande partie aux réponses données par le juge L'Heureux-Dubé à ces questions secondaires. Cependant je ne suis pas d'accord qu'elles permettent de trancher le pourvoi en faveur de l'intimée.

1. *La nature de l'exigence faite par le par. 283(1) que le parent «dépossédé» ait la possession de l'enfant*

Tant le juge du procès que ceux de la Cour d'appel ont accepté que, pour qu'il y ait infraction au par. 283(1), le parent, le tuteur ou l'autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant, à qui on aurait enlevé l'enfant ou qu'on empêcherait autrement de voir l'enfant, doit avoir un certain droit à la possession de celui-ci. Si ce n'était pas le cas, il serait logiquement impossible de conclure que le parent en question a été privé de la possession de l'enfant, comme l'exige le par. 283(1).

Le paragraphe 283(1) vise le fait d'enlever un enfant lorsque aucune ordonnance relative à la garde n'a été rendue par un tribunal. Toutefois, certaines conditions doivent être remplies avant que ce fait ne constitue un crime. La personne qui enlève doit avoir la garde légale de l'enfant. De plus, l'enlèvement doit être fait «avec l'intention de priver» l'autre parent «de la possession de» l'enfant. À moins qu'il n'y ait un autre parent ayant droit à la possession de l'enfant, l'intention de priver requise au par. 283(1) ne peut être établie. Ce paragraphe vise donc la situation où des personnes partagent la garde ou la «possession» de l'enfant. Aux termes de cette disposition, l'une de ces personnes commet une infraction si elle emmène l'enfant sans le consentement de l'autre intéressé et avec l'intention de priver celui-ci de son droit à la possession ou à la surveillance de l'enfant. La situation la plus fréquente est celle où il y a garde conjointe en vertu de la common law (confirmée par la loi dans la plupart des provinces) par les parents, qu'ils soient séparés ou qu'ils vivent ensemble, et où il n'y a pas d'entente ou d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire.

Il est donc évident que le par. 283(1) s'applique seulement lorsque la personne qui, prétend-on, est «dépossédée» par l'enlèvement de l'enfant a la possession de ce dernier. Le mot possession est

51

52

53

possession. I agree with L'Heureux-Dubé J. that it is not necessary that the deprived parent have physical possession of the child at the time of the taking. What is required, at a minimum, is that the deprived parent have a right to possession of the child, in other words, a possession right of which he or she is "deprived" by the taking. To interpret s. 283(1) as requiring actual physical possession in the deprived parent at the time of taking is not required by the words of the section and would subvert its purpose of preventing one of two persons sharing custody or possession of a child from taking or keeping the child from the other parent without that parent's consent.

employé dans son sens juridique de droit à la possession. Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'il n'est pas nécessaire que le parent dépossédé ait eu la possession physique de l'enfant au moment de l'enlèvement. L'exigence minimale est que le parent dépossédé ait un droit à la possession de l'enfant, en d'autres termes un droit à la possession dont il est «privé» par l'enlèvement. Interpréter le par. 283(1) comme exigeant que le parent dépossédé ait eu la possession physique serait aller au-delà de la lettre de la loi et contre son but, qui est d'empêcher que l'une des deux personnes partageant la garde ou la possession d'un enfant enlève celui-ci ou empêche l'autre parent de le voir, sans le consentement de cet autre parent.

54 While I agree with L'Heureux-Dubé J. that the deprived parent need not have actual physical custody of the child at the time of the taking, I do not share her view that this disposes of the issue of possession. We must go on to consider whether the parent alleged to be deprived of possession of the child in this case had a right to possession of the child.

Même si je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'il n'est pas nécessaire que le parent privé de la possession ait eu concrètement la garde physique de l'enfant au moment de l'enlèvement, je ne partage pas son point de vue selon lequel cela règle la question de la possession. Nous devons également nous demander si le parent qui, prétend-on, aurait été privé de la possession de l'enfant en l'espèce avait droit à la possession de l'enfant.

55 Possession of a child connotes the right (and correlative obligation) to care for and control the child. It may be unilateral, or it may be shared with another person. The latter is the situation addressed by s. 283(1) of the *Criminal Code*.

La possession d'un enfant emporte le droit (et l'obligation corrélatrice) d'assurer le soin et la surveillance de celui-ci. Elle peut être unilatérale ou encore être partagée avec une autre personne. Cette dernière situation est visée par le par. 283(1) du *Code criminel*.

56 The right of a person to possession of a child may flow from a variety of sources. It may flow from the common law right of parents, confirmed in most provinces by statute, to the custody, care and control of their children. It may be conferred by contracts, called custody agreements. Finally, it may be conferred by court order.

Le droit d'une personne à la possession d'un enfant peut avoir diverses sources. Il peut émaner du droit qui est reconnu aux parents par la common law et confirmé par la loi dans la plupart des provinces, d'assurer la garde, le soin et la surveillance de leurs enfants. Ce droit peut être accordé par contrats, appelés ententes relatives à la garde. Finalement, il peut être accordé par une ordonnance rendue par un tribunal.

57 There can be no doubt that Ms. Seymour originally had a right to possession of the child at common law as confirmed by the Nova Scotia *Family Maintenance Act*. The question is whether the sep-

Il ne fait aucun doute que, initialement, M^{me} Seymour avait un droit à la possession de l'enfant en vertu de la common law, droit qui était confirmé par la *Family Maintenance Act* de la

aration agreement conferring exclusive custody on the father conveyed that right to Mr. Dawson.

2. *Is a Custody Agreement Capable of Depriving a Parent of a Common Law Right to Possession of the Child for Purposes of Section 283(1)?*

The key element of the decision of the Court of Appeal is its conclusion that the mother retained the right to custody at common law, notwithstanding the agreement between the parties that the father would have sole custody.

The appellant argues that the mother relinquished her rights to custody and possession of the child by entering into the custody agreement. The custody agreement was a contract between the appellant and the mother which, by its terms, gave exclusive custody of Michael to the appellant. Like most other contracts, a custody agreement can be oral or written, and while there was no written custody agreement in evidence before the trial judge, he was satisfied that a valid contract existed.

The mother had a right to apply to the courts for custody. But so long as the agreement remained in effect, she was contractually bound to permit the appellant to have sole custody, subject to her rights of access. Having contractually relinquished her custody right to Michael's father, she had no remaining right to possession or custody. Until the agreement was ended or overridden by court order, her only right was to access.

When a child is born, both parents have the right to its custody. This is the common law, confirmed by statute. However, a parent may give up his or her right to custody by entering into an agreement conferring sole custody on the other parent. Notwithstanding the absence of a court order, a parent who does so no longer has a right to possession of the child of which he or she can be deprived,

Nouvelle-Écosse. La question est de savoir si l'accord de séparation accordant la garde exclusive au père a transmis ce droit à M. Dawson.

2. *Une entente relative à la garde peut-elle priver un parent du droit à la possession que la common law lui confère, pour l'application du par. 283(1)?*

L'élément clé de la décision de la Cour d'appel est sa conclusion que la mère a conservé le droit de garde conféré par la common law, et ce malgré l'entente intervenue entre les parties et suivant laquelle le père aurait la garde exclusive.

L'appellant prétend que la mère a renoncé à ses droits à la garde et à la possession de l'enfant en concluant l'entente relative à la garde. Cette entente était un contrat intervenu entre l'appellant et la mère et, suivant ses conditions, cette dernière avait cédé à l'appellant la garde exclusive de Michael. Comme la plupart des autres contrats, une entente relative à la garde peut être orale ou écrite et, même si aucune entente écrite relative à la garde n'a été déposée en preuve devant le juge du procès, ce dernier était convaincu qu'un contrat valide existait.

La mère avait le droit de s'adresser aux tribunaux pour demander la garde de l'enfant. Toutefois, tant et aussi longtemps que l'entente demeurait en vigueur, la mère était tenue par contrat de permettre à l'appellant d'exercer seul la garde, sous réserve des droits d'accès dont elle disposait. Ayant cédé contractuellement son droit de garde au père de Michael, elle n'avait plus aucun droit à la possession ou à la garde. Tant qu'il n'était pas mis fin à l'entente ou que celle-ci n'était pas écartée par une ordonnance judiciaire, son seul droit était un droit d'accès.

Lorsqu'un enfant naît, tant le père que la mère ont le droit à la garde de cet enfant. Il s'agit d'un droit reconnu par la common law et confirmé par les lois. Toutefois, un parent peut abandonner son droit à la garde en concluant une entente qui accorde la garde exclusive à l'autre parent. Malgré l'absence d'une ordonnance judiciaire, le parent qui conclut une telle entente n'a plus de droit à la

58

59

60

61

unless custody is restored by the termination of the agreement, a new agreement, or a court order. It follows that s. 283(1) would find no application in a situation where sole custody has been conferred upon the "taking" parent.

possession de l'enfant dont il pourrait être privé, à moins que son droit de garde ne soit rétabli par la résiliation de l'entente, par la signature d'une nouvelle entente ou par une ordonnance judiciaire. Il s'ensuit que le par. 283(1) ne s'appliquerait pas dans les cas où la garde exclusive a été accordée au parent «qui enlève» l'enfant.

62 Both settled legal principle and policy support this view. From the point of view of legal principle, it is unquestioned that common law rights, including the right to custody of a child, may be altered by contract.

Cette façon de voir trouve appui tant dans la politique générale que dans les principes juridiques établis. Du point de vue des principes juridiques, il est incontesté que les droits reconnus par la common law, y compris le droit à la garde d'un enfant, peuvent être modifiés par contrat.

63 Every day, hundreds of separating parents in Canada enter into custody agreements by which they do just this, and every day the courts uphold and enforce these agreements. From the point of view of policy, parents are encouraged to settle matters of custody by agreement rather than engaging the expensive and often slow process of adversarial litigation. It is probable that many more custody issues are resolved by agreement than by court orders. The legal result sought by the parties is identical, regardless of whether they settle the issue of custody out of court or through a court order. It makes no sense to treat the two situations differently. The reasoning of the Court of Appeal would require us to conclude that a parent who takes a child where a court order for custody has been made will not commit a crime, while a parent who takes a child where there is a custody agreement will be criminally liable, assuming that all other facts are identical. That cannot have been the intention of Parliament.

Tous les jours, au Canada, des centaines de couples qui se séparent concluent des ententes relatives à la garde dans lesquelles ils font précisément cela, et tous les jours les tribunaux confirment et appliquent de telles ententes. Sur le plan de la politique générale, les couples sont encouragés à régler les questions touchant la garde en concluant des ententes à cet égard plutôt qu'en engageant des actions en justice coûteuses, souvent longues et marquées par l'antagonisme. Il est probable que beaucoup plus de différends touchant la garde sont réglés par voie d'entente qu'à coup d'ordonnances judiciaires. Sur le plan juridique, le résultat recherché par les parties est le même, qu'elles règlent la question de la garde à l'amiable ou en obtenant une ordonnance de la cour. Il est illogique de traiter les deux situations différemment. Selon le raisonnement de la Cour d'appel, il nous faudrait conclure que le parent qui enlève un enfant lorsqu'une ordonnance de la cour a été rendue ne commet pas de crime, alors que le parent qui enlève un enfant lorsqu'il existe une entente est responsable sur le plan criminel, en supposant que tous les autres faits sont identiques. Le législateur fédéral n'a pu avoir cette intention.

64 I conclude that a parent may cede his or her right to custody of a child by agreement, just as he or she may lose that right by court order. For the purposes of s. 283(1), there is no difference between the two situations.

Je conclus qu'un parent peut, dans une entente, céder son droit à la garde d'un enfant, comme il peut aussi en être dépouillé par une ordonnance judiciaire. Pour ce qui concerne l'application du par. 283(1), il n'y a aucune différence entre les deux situations.

Before leaving this point, I must avert to the suggestion of Iacobucci J. that unregistered custody agreements may be of no force in Nova Scotia. This argument was not raised at the hearing nor considered by any courts below. It is one of far-reaching implications, having the potential to undermine all unregistered custody agreements in the province of Nova Scotia.

This Court should not rule on this issue in *obiter dicta* in this case, but should leave the issue to a case where it is properly raised, considered and argued. Suffice it to say that it is far from apparent that the legislature in enacting s. 18(4) of the *Family Maintenance Act*, intended to oust the common law power of parents to make their own arrangements on matters of custody. As for the provision for registration of custody agreements, this is a common provision in many legislative schemes. Its intent is not to curtail the right of parties to settle their own affairs where they can do so amicably, but to enhance that right by making agreements enforceable as court orders.

I also note that the issue is raised here in the context of a criminal trial. The Crown bore the burden of showing that the appellant did not have an exclusive right of possession to the child at the time of taking. The Crown not having raised s. 18(4) of the *Family Maintenance Act* at trial, it is not for this Court at this stage of the proceedings to raise it to the end of discharging the burden that lay on the Crown.

3. *Did the Agreement in this Case Negate the Mother's Right of Possession?*

The trial judge found that pursuant to the agreement between the parties, the appellant father had had the legal care of the child with the consent of the mother since 1986. While the father took steps

Avant de terminer sur ce point, je dois exprimer mon désaccord avec l'opinion du juge Iacobucci, selon laquelle les ententes relatives à la garde qui ne sont pas enregistrées pourraient être inopérantes en Nouvelle-Écosse. Cet argument n'a pas été soulevé à l'audience ni examiné par les juridictions inférieures. Il s'agit d'un argument ayant des implications considérables et susceptibles d'éliminer, en Nouvelle-Écosse, toute entente relative à la garde non enregistrée.

Notre Cour ne doit pas se prononcer sur cette question par une opinion incidente en l'espèce, mais plutôt attendre une autre affaire où elle sera régulièrement soulevée, examinée et débattue. Il suffit de dire qu'il est loin d'être évident que, en édictant le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act*, le législateur provincial entendait abolir le pouvoir reconnu par la common law aux parents de conclure leurs propres arrangements en matière de garde. En ce qui concerne l'article ayant trait à l'enregistrement des ententes relatives à la garde, il s'agit d'une disposition commune à de nombreux régimes législatifs. Son objet n'est pas de limiter le droit des parties de régler leurs propres affaires lorsqu'il leur est possible de le faire à l'amiable, mais au contraire de renforcer ce droit en rendant les ententes ainsi conclues exécutoires au même titre que les ordonnances des tribunaux.

Je tiens également à souligner que, en l'espèce, la question se soulève dans le contexte d'un procès pénal. Comme le ministère public avait la charge de démontrer que l'appelant n'avait pas le droit exclusif à la possession de l'enfant au moment de l'enlèvement. Le ministère public n'a pas invoqué le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act* au procès, il n'appartient pas à notre Cour, à ce stade-ci des procédures, de prendre en considération cette disposition en vue de décharger le ministère public du fardeau qui lui incombe.

3. *L'entente conclue en l'espèce retirait-elle à la mère son droit à la possession?*

Le juge du procès a conclu que, conformément à l'entente intervenue entre les parties, le père appellant avait eu la garde légale de l'enfant depuis 1986, avec le consentement de la mère. Bien que le

65

66

67

68

to frustrate the mother's access, he at all times had a legal right to have the child in his care. These amount to findings that the mother, by agreement with the father, conveyed her common law right to possession and custody of the child to the father and, notwithstanding the father's frustration of access, that agreement was still in force. These findings should not have been disturbed by the Court of Appeal unless they were not supported by the evidence.

père ait pris des dispositions pour empêcher la mère d'avoir accès à l'enfant, il avait eu, en droit, la garde de l'enfant pendant toute la période en cause. Cela équivaut à conclure que la mère, en vertu d'une entente avec le père, a transféré à ce dernier le droit à la possession et à la garde de l'enfant qu'elle avait en vertu de la common law et que, malgré les actes du père empêchant la mère d'avoir accès à l'enfant, l'entente restait en vigueur. La Cour d'appel ne pouvait modifier ces conclusions que si elles n'étaient pas étayées par la preuve.

⁶⁹ In fact, the evidence amply supports the trial judge's finding that the agreement conferring sole custody of the child on the father was still in force. The mother, it is true, had of late become dissatisfied with the agreement and wished to recover the custody rights she had ceded by her agreement. But she recognized that she could not break the contract unilaterally and that to regain the custody she had conveyed by contract, it would be necessary to obtain either the appellant's consent to a new arrangement or a court order granting her custody. At the time of the alleged offence, she had decided to apply for such an order. However, until it was granted, the agreement remained in effect.

En fait, la preuve soutient amplement la conclusion du juge selon laquelle l'entente conférant au père la garde exclusive de l'enfant était encore en vigueur. Il est vrai que, avant les événements, la mère s'était montrée insatisfaite de l'entente et avait exprimé le souhait de recouvrer les droits de garde qu'elle avait cédés par cette entente. Toutefois, elle reconnaissait qu'elle ne pouvait pas rompre le contrat unilatéralement et que, pour recouvrer la garde qu'elle avait transférée par contrat, il lui serait nécessaire d'obtenir soit le consentement de l'appelant à un nouvel arrangement, soit une ordonnance judiciaire lui accordant la garde. Au moment de l'infraction reprochée, elle avait décidé de demander cette ordonnance. Cependant, l'entente demeurait en vigueur tant qu'une telle ordonnance n'était pas rendue.

⁷⁰ Custody agreements are binding until terminated, amended, or set aside by court order. To suggest otherwise would be to introduce dangerous uncertainty into custody law, a domain where it is of the utmost importance that the parties know precisely what their rights are and are not. None of these events occurred in the case at bar. The trial judge correctly concluded the custody agreement remained in force. It follows that the mother did not have custody or a right to custody of the child at the time of the alleged offence. As such, the facts in the case at bar dictate that custody cannot serve as a basis for finding possession of the child required by s. 283(1).

Les parties à une entente relative à la garde sont liées par cette entente, tant que celle-ci n'est pas résiliée, modifiée ou encore annulée par une ordonnance judiciaire. Suggérer le contraire créerait une dangereuse incertitude dans le droit relatif à la garde, domaine où il est de la plus haute importance que les parties sachent précisément quels sont leurs droits. Aucune de ces situations n'est survenue en l'espèce. Le juge du procès a à bon droit conclu qu'elle était encore en vigueur. Il s'ensuit que la mère n'avait, au moment de l'infraction reprochée, ni la garde de l'enfant ni un droit à la garde de celui-ci. Par conséquent, il ressort des faits de l'espèce que la garde ne peut servir de fondement justifiant de conclure à l'existence de la possession de l'enfant requise par le par. 283(1).

4. *Can the Mother's Possession Under Section 283(1) of the Criminal Code Be Established on Other Grounds?*

It has been held that the words "having the lawful care or charge" of a child following "parent, guardian or person" in s. 283(1) does not mean that all persons enumerated in the phrase must have lawful care or charge of the child: *R. v. Van Herk* (1984), 40 C.R. (3d) 264 (Alta. C.A.). For the purposes of this case, I am prepared to proceed on that basis. This raises the possibility that a parent not having custody rights may be the object of a deprivation under s. 283(1). This in turn raises the question of whether interfering with the exercise of access rights can constitute a deprivation of possession under s. 283(1).

Possession, in my view, is different from access. Access refers to the right to visit the child. Often it entails giving the access parent temporary possession of the child. But possession is not an inherent or necessary quality of access. Possession, in contrast to access, comports the right and responsibility of care and control of the child.

Whether the parent has sufficient care and control of the child to have possession for the purposes of s. 283(1) in cases falling short of express custody is a matter of fact for the trial judge to decide. The terms of access may be so generous that the non-custodial spouse in fact exercises a significant degree of care and control over the child. The British Columbia Court of Appeal proceeded on this basis in *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393. In that case the father had custody. However, the mother had access for three days of the week. In affirming a conviction following the father's move with the child from British Columbia to Toronto, Taylor J.A. reasoned that the access order in question amounted to a transfer of

4. *La mère peut-elle, en se fondant sur d'autres motifs, établir la possession requise par le par. 283(1) du Code criminel?*

Il a été jugé que l'expression «ayant la garde ou la charge légale» d'un enfant, qui suit les mots «le père, la mère, le tuteur ou une personne» au par. 283(1), ne signifie pas que toutes les personnes énumérées doivent avoir la garde ou la charge légale de l'enfant: voir l'arrêt *R. c. Van Herk* (1984), 40 C.R. (3d) 264 (C.A. Alb.). Pour les fins de la présente affaire, je suis disposée à me fonder sur cette prémisse. Cette constatation soulève la possibilité qu'un parent qui n'a pas le droit de garde puisse être victime de la privation visée au par. 283(1). Cette possibilité soulève à son tour la question de savoir si le fait d'entraver l'exercice des droits d'accès peut constituer la privation de possession visée au par. 283(1).

À mon avis, la possession diffère de l'accès. L'accès correspond au droit de visiter l'enfant. Souvent, cela emporte le fait de confier temporairement la possession de l'enfant. Cependant, la possession n'est pas un attribut inhérent ou nécessaire à l'accès. Par opposition à l'accès, la possession comporte le droit et la responsabilité d'assurer le soin et la surveillance de l'enfant.

La question de savoir si, dans les cas où la garde n'a pas été attribuée de façon expresse au parent en cause, celui-ci assure le soin et la surveillance de l'enfant dans une mesure suffisante pour en avoir la possession au sens du par. 283(1), est une question de fait qu'il appartient au juge du procès de trancher. Les conditions d'accès peuvent être si généreuses que l'époux qui n'a pas la garde assure, dans une mesure considérable, le soin et la surveillance de l'enfant. C'est sur ce fondement que s'est appuyée la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393. Dans cette affaire, le père avait la garde de l'enfant. Toutefois, la mère avait accès à l'enfant trois jours par semaine. Confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre le père par suite de son déménagement avec l'enfant de la Colombie-Britannique à Toronto, le juge Taylor a conclu que l'ordonnance en cause, qui accordait des droits d'accès, avait pour effet de

71

72

73

care and custody of the child to the access parent (at p. 397):

While the word "access" is used, indicating that the order does not contemplate joint, or alternating, custody, what is granted by such an order as this is more than merely a right to visit while the child is in the possession, care, or charge of the other parent. It involves transfer of the child from the possession, care or charge of the "custodial parent" to that of the non-custodial parent.

74 This decision confirms that in order to support a charge of child abduction, the parent deprived of possession must have an express right to custody, or failing this, rights which establish a custody-like obligation of care and control over the child.

75 The findings of the trial judge in the case at bar negate any suggestion that the mother had any control or responsibility over the child. She had the right to visit the child; she did not have the control or responsibility for him required to establish possession. This was the case both under the agreed provisions as to access and the access established by the court order.

76 It was faintly suggested that there was interference with Ms. Seymour's possession of the child in the sense that the appellant's conduct prejudiced the exercise of a future possible right to court-ordered custody. I see little merit in this suggestion. Section 283(1) refers not to possible future possession, but to possession *simpliciter*. In a criminal law statute, that can only be interpreted as an actual right of possession at the time of the taking.

III. The Defence of Consent

77 Having concluded that the trial judge did not err in finding that the mother retained no right of possession to the child sufficient to found the deprivation of possession required by s. 283(1), it is

transférer la garde de l'enfant au parent titulaire de ces droits d'accès (à la p. 397):

[TRADUCTION] Même si on utilise le mot «accès», indiquant que l'ordonnance n'envisage pas une garde conjointe ou assumée en alternance, ce qui est accordé par l'ordonnance est plus qu'un simple droit de visiter l'enfant pendant que l'autre parent en a la possession, la garde ou la charge. Cela implique le transfert de la possession, de la garde ou de la charge de l'enfant du «parent qui a la garde» à celui qui ne l'a pas.

Cette décision confirme que, pour étayer une accusation d'enlèvement d'enfant, le parent privé de la possession doit avoir un droit de garde exprès ou, à défaut d'un tel droit, des droits établissant qu'il a, envers l'enfant, une obligation de soin et de surveillance assimilable à la garde.

Les conclusions tirées par le juge du procès en l'espèce réfutent toute suggestion que la mère avait la surveillance ou la responsabilité de l'enfant. Elle avait le droit de le visiter; elle n'assumait pas, à son égard, la responsabilité ou la surveillance requise pour établir la possession. Il en était ainsi tant en vertu des dispositions de l'entente concernant l'accès qu'en vertu du droit d'accès établi par l'ordonnance de la cour.

On a vaguement prétendu qu'il y avait atteinte au droit de M^{me} Seymour à la possession de l'enfant en ce sens que la conduite de l'appelant compromettrait l'exercice d'un droit qui pourrait être accordé dans le futur par ordonnance judiciaire. Cet argument a, selon moi, peu de fondement. Le paragraphe 283(1) vise non pas une possible possession future, mais la possession concrète. Dans une loi pénale, ce mot ne peut être interprété qu'au sens de droit à la possession existant concrètement au moment de l'enlèvement.

III. Le moyen de défense fondé sur le consentement

Vu ma conclusion que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant que la mère n'avait pas conservé un droit à la possession suffisant pour conclure à la privation de possession requise par le

unnecessary to consider the defence of consent provided by s. 284:

284. No one shall be found guilty of an offence under sections 281 to 283 if he establishes that the taking, enticing away, concealing, detaining, receiving or harbouring of any young person was done with the consent of the parent, guardian or other person having the lawful possession, care or charge of that young person. [Emphasis added.]

I observe only that I agree with L'Heureux-Dubé J. that it makes no sense to suggest that the taking parent could himself provide the necessary consent. Clearly what Parliament had in mind as a defence was the consent of the parent deprived of possession of the child by the taking. The fact that Parliament chose to describe that person as a person "having the lawful possession, care or charge of" the child in s. 284 confirms the view expressed above that the deprived person must have a present right to possession, in the sense of care and control, of the child.

IV. The Common Sense Perspective

Section 283(1) of the *Criminal Code* is not a model of clarity, as the history of this case attests. My analysis to this point has centered on the wording of the section — wording that suggests, if I am right, that it is essential to conviction of the crime of abduction of a child under the section that there be a person who had possession of the child, in the sense of custody or a custody-like right of care and control of the child. But where the section is as important as this one is, a court charged with settling its meaning would be remiss if it did not consider the common sense perspective. How was the section intended to function? How, as interpreted, does it function?

In support of the ruling of the Court of Appeal, it is argued that s. 283(1) should apply wherever a custodial parent takes, entices, conceals, detains,

par. 283(1), il n'est pas nécessaire d'examiner le moyen de défense fondé sur le consentement prévu par l'art. 284:

284. Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue aux articles 281 à 283 s'il démontre que le père, la mère, le tuteur ou l'autre personne qui avait la garde ou la charge légale de la personne âgée de moins de quatorze ans en question a consenti aux actes reprochés. [Je souligne.]

Je souligne seulement que je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé que cela n'a aucun sens d'affirmer que le parent qui enlève pourrait lui-même donner le consentement requis. Manifestement, le consentement qu'envisageait le législateur fédéral comme moyen de défense était celui du parent privé de la possession de l'enfant. Le fait que le législateur ait choisi de décrire cette personne comme celle qui «avait la garde ou la charge légale» de l'enfant, à l'art. 284, confirme l'opinion exprimée précédemment que la personne privée de la possession doit avoir un droit actuel à la possession de l'enfant, au sens de droit d'assurer le soin et la surveillance de celui-ci.

IV. L'angle du bon sens

Le paragraphe 283(1) du *Code criminel* n'est pas un modèle de clarté, comme l'atteste l'histoire de la présente affaire. Jusqu'ici, mon analyse s'est attachée au libellé de l'article, libellé qui suggère, si j'ai raison, qu'il est essentiel, afin qu'il y ait condamnation pour le crime d'enlèvement d'enfant prévu à cet article, qu'il y ait une personne qui avait la possession de l'enfant, possession au sens de garde ou de droit assimilable à la garde d'assurer le soin et la surveillance de cet enfant. Cependant, le tribunal appelé à déterminer le sens d'un article aussi important que celui qui nous intéresse négligerait ses devoirs s'il ne l'examinait pas sous l'angle du bon sens. De quelle façon voulait-on que l'article soit appliqué? De quelle façon, suivant l'interprétation qu'on en donne, est-il appliqué?

Au soutien de l'arrêt de la Cour d'appel, on plaide que le par. 283(1) devrait s'appliquer dans tous les cas où un parent ayant la garde enlève,

78

79

80

receives or harbours a child with intent to in any way deprive the other parent or guardian of any right of control of the child, even a bare right to visit the child. Interpreted thus, a custodial parent who is late in delivering a child for an access visit could be charged with a crime and imprisoned for up to ten years.

81 The respondent argues that the breadth conferred by this interpretation is mitigated by two factors. First, intent to deprive must be demonstrated. Second, the Attorney General must consent to prosecutions under the section.

82 Neither factor offers great reassurance. Intent in criminal law is generally inferred from conduct. A person taking a child will be presumed to intend whatever deprivation a reasonable person in his position would have foreseen. It is not unrealistic to suppose that thousands of custody and access violations occur in this country each day. Most are committed by people who know full well that their breach may deprive the other parent, however temporarily or trivially, of some present or potential contact with the child. Intent will easily be inferred in such cases. Is this the stuff, one is compelled to ask, of the criminal law?

83 The respondent concedes that the interpretation it advocates might result in prosecuting as criminals people whose conduct falls far short of what society would regard as criminal. However, the respondent also submits that this situation is remedied by the requirement of the *Criminal Code* that the Attorney General authorize prosecutions under this section. This reasoning amounts to attributing to Parliament the intention to place people guilty of civil default in violation of the criminal law of this land; then remedying the overkill by conferring on the executive branch the discretion whether or not to proceed with prosecution. I cannot hazard what was in the mind of the Parliamentarians when they passed the requirement of the

entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge un enfant avec l'intention, d'une façon ou d'une autre, de priver l'autre parent ou tuteur de l'exercice de tout droit de surveillance de l'enfant, même du simple droit de visiter l'enfant. Suivant une telle interprétation, le parent tuteur qui amène en retard un enfant en vue de l'exercice d'un droit de visite pourrait être accusé d'avoir commis un crime et pourrait passer jusqu'à dix ans en prison.

L'intimée allègue que la portée de cette interprétation est atténuée par deux facteurs. Premièrement, il faut faire la preuve de l'intention de priver de la possession. Deuxièmement, le procureur général doit consentir à ce que des poursuites soient engagées en vertu de cet article.

Ni l'un ni l'autre de ces facteurs rassurent beaucoup. En droit pénal, l'intention est généralement inférée de la conduite. La personne qui enlève un enfant sera présumée avoir eu l'intention de causer toute privation qu'une personne raisonnable placée dans sa situation pouvait prévoir. Il n'est pas irréaliste de supposer que des milliers d'infractions à des droits d'accès ou de garde sont commises quotidiennement au pays. Dans la plupart des cas, elles sont commises par des personnes qui savent très bien que leur infraction peut, même si ce n'est que de façon temporaire ou anodine, priver l'autre parent d'un contact présent ou potentiel avec l'enfant. Dans ces situations, il est facile d'inférer l'intention. Mais s'agit-il là, doit-on se demander, du genre de situations relevant du droit pénal?

L'intimée reconnaît que l'interprétation qu'elle défend pourrait faire en sorte que seraient poursuivies, comme des criminels, des personnes dont la conduite est par ailleurs loin de constituer ce que la société considère comme une conduite criminelle. Cependant, l'intimée affirme également que cette situation est corrigée par le fait que le *Code criminel* exige que le procureur général autorise l'engagement de poursuites fondées sur cet article. Ce raisonnement équivaut à attribuer au législateur fédéral l'intention de criminaliser des fautes civiles, puis de corriger cet excès en conférant à l'exécutif le pouvoir discrétionnaire d'engager ou non des poursuites. Je ne me hasarderai pas à deviner ce que les parlementaires avaient à l'esprit

Attorney General's consent to prosecution. Perhaps it was nothing more than a desire to prevent frivolous private prosecutions in an area of the law where emotions often run high. I can, however, assert that the intention that the respondent would have us attribute to Parliament is unworthy of this country's history and Constitution. The suggestion of legislating broad criminal laws and then attempting to cure the overbreadth by the conferral of prosecutorial discretion is not to be countenanced. The citizen has a right to know what conduct will result in the stigma of criminal conviction and punishment. That knowledge should be spelled out by Parliament, not left to the whim of the Attorney General and his or her staff. To live under the cloud of prosecutorial restraint is in itself punishment. Moreover, the need for executive permission to prosecute offers little comfort to the person whose conduct may, in the minds of others, be unfairly stigmatized as criminal.

At the same time, the evil targeted by Parliament — the taking or keeping of children from those who have the right and responsibility to contribute to their care and upbringing — must not be minimized. Unlike more trivial defalcations of custodial obligations, child abduction constitutes an immediate injury against not only the other parent, but more importantly against the child, who is deprived of that parent's care and control. This is misconduct of the most serious order. Where it is done with intent, criminal sanctions properly lie. The line between wrongful but non-criminal failure to respect parental rights on the one hand, and child abduction under s. 283(1) on the other, lies at the point where the wrongdoer takes the child with intent to thwart the established right (by court order or agreement) of control and care of the other parent. On one side of the line the remedies are civil, on the other criminal. Section 283(1) draws the line at this point by requiring intent to deprive the other parent of possession of the child, a concept that goes beyond mere interference with

lorsqu'ils ont édicté l'exigence que le procureur général consente à l'engagement de poursuites. Peut-être n'était-ce que le désir, dans un domaine du droit où les émotions sont souvent à fleur de peau, d'empêcher des poursuites privées. Je peux cependant affirmer que l'intention que l'intimée voudrait nous voir imputer au législateur est indigne de l'histoire de notre pays et de sa Constitution. L'idée de voter des lois pénales de portée large et ensuite de tenter de limiter leur application en conférant un pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non ne saurait être admise. Le citoyen est en droit de savoir quelles sont les conduites auxquelles s'attachent les stigmates d'une condamnation et d'une sanction pénales. Ces renseignements devraient être énoncés de façon claire par le législateur, et leur communication ne devrait pas être laissée au caprice du procureur général ou de son personnel. Le fait d'être à la merci de la décision du poursuivant de faire montre de retenue est en soi une peine. En outre, la nécessité d'obtenir l'autorisation du pouvoir exécutif pour tenter des poursuites offre peu de réconfort à la personne dont la conduite peut, dans l'esprit des autres, être injustement perçue comme criminelle.

En même temps, le mal que le législateur tente d'éradiquer — le fait d'enlever des enfants aux personnes qui ont le droit et la responsabilité de contribuer à leur soin et à leur éducation ou d'empêcher les enfants de voir ces personnes — ne doit pas être minimisé. Contrairement à certains manquements moins importants aux obligations relatives à la garde, l'enlèvement d'un enfant cause un préjudice immédiat, non seulement à l'autre parent mais, plus important encore, à l'enfant, qui est alors privé des soins et de la surveillance de cet autre parent. Il s'agit d'une faute d'une gravité extrême. Lorsqu'elle est commise intentionnellement, il convient d'appliquer des sanctions pénales. La ligne de démarcation entre la violation répréhensible mais non criminelle de droits parentaux, d'une part, et l'enlèvement d'enfant prévu au par. 283(1), d'autre part, se situe au point où l'auteur de la faute enlève l'enfant avec l'intention de contrecarrer le droit établi (par ordonnance judiciaire ou par une entente) que possède l'autre parent d'assurer le soin et la surveillance de l'en-

access rights or a hypothetical possibility of a future right to possession. While arguments can be raised for an interpretation of s. 283(1) that would criminalize virtually any interference with access rights or future custody rights, I see no reason to strain to accept them. Given the severity of the criminal sanction, reserved for the most reprehensible conduct in our society, there is no reason to interpret the section more broadly. Less serious breaches are better left to civil sanctions than to the ultimate sanction of conviction and imprisonment.

V. Conclusion

85 The trial judge did not err in concluding that the custody agreement deprived the mother of a right of possession sufficient to support the deprivation of possession required by s. 283(1) of the *Criminal Code*. The error lay rather with the Court of Appeal, which concluded that the custody agreement, as opposed to a court order, could not affect a parent's original right to custody.

86 I would allow the appeal and set aside the conviction.

The reasons of Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

87 IACOBUCCI J. — I agree with the reasons of my colleague, L'Heureux-Dubé J., and with her disposition of this appeal. However, I wish to make some comments that are intended to reinforce her views and that address, in part, the approach taken by my colleague, McLachlin J.

fant. D'un côté de cette ligne, les recours sont de nature civile, alors que de l'autre ils sont de nature pénale. Le paragraphe 283(1) fixe la ligne de démarcation à cet endroit en exigeant la preuve de l'intention de priver l'autre parent de la possession de l'enfant, concept qui va au-delà de la simple atteinte à des droits d'accès ou à un hypothétique droit futur à la possession. Bien que des arguments puissent être présentés en faveur d'une interprétation du par. 283(1) qui criminaliserait pratiquement toute atteinte à des droits d'accès ou à des droits de garde futurs, je ne vois aucune raison qui me pousse à les accepter. Étant donné la sévérité des sanctions pénales, sanctions qui sont réservées aux conduites les plus répréhensibles dans notre société, il n'y a aucune raison de donner une interprétation plus large à cet article. Il vaut mieux appliquer aux fautes moins graves les sanctions civiles plutôt que les sanctions ultimes que sont la déclaration de culpabilité et l'emprisonnement.

V. Conclusion

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'entente relative à la garde a privé la mère d'un droit à la possession suffisant pour étayer l'existence de la privation de possession requise par le par. 283(1) du *Code criminel*. C'est plutôt la Cour d'appel qui a commis une erreur en concluant que l'entente relative à la garde ne pouvait pas, contrairement à une ordonnance de la cour, modifier le droit à la garde que possède initialement un parent.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmier la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Je suis d'accord avec les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé ainsi qu'avec la façon dont elle tranche le présent pourvoi. Je tiens toutefois à faire quelques commentaires pour appuyer son opinion et pour répondre, en partie, au point de vue adopté par ma collègue le juge McLachlin.

I am somewhat concerned with McLachlin J.'s emphasis on contract principles to resolve this appeal, not only because, as L'Heureux-Dubé J. correctly mentions, the question of contract law is a factual one for the trial court, but also because the role of contract issues in this appeal is not as clear in my view as it is in McLachlin J.'s. I say this for a number of reasons.

First, it would appear that, in cases such as this one, Nova Scotia's *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, supplants the common law of contracts as it pertains to agreements between spouses on care and custody matters. As L'Heureux-Dubé J. points out, s. 18(4) of that Act establishes a presumption of joint guardianship:

18 . . .

(4) Subject to this Act, the father and mother of a child are joint guardians and are equally entitled to the care and custody of the child unless otherwise

(a) provided by the *Guardianship Act*; or

(b) ordered by a court of competent jurisdiction.

However, even more important in this respect is s. 52 of the *Family Maintenance Act* (as am. by S.N.S. 1994-95, c. 6, s. 63(4)), which describes the effect of custody agreements:

Registration of agreement

52 (1) A judge may, with the consent of either parties, register in the court an agreement entered into between the parties respecting maintenance or respecting care and custody or access and visiting privileges or any amendment made to that agreement.

L'importance que le juge McLachlin accorde aux principes du droit des contrats pour trancher le présent pourvoi me préoccupe un peu, non seulement parce que, comme le mentionne correctement le juge L'Heureux-Dubé, la question soulevant le droit des contrats est une question de fait qui relève du tribunal de première instance, mais aussi parce que le rôle des considérations contractuelles dans le présent pourvoi n'est pas, quant à moi, aussi clair qu'il paraît l'être pour le juge McLachlin. Je suis de cet avis pour un certain nombre de raisons.

Premièrement, il semble que, dans les affaires comme celle qui intéresse, la *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, de la Nouvelle-Écosse écarte l'application des règles de common law en matière contractuelle en ce qui concerne les ententes conclues entre les époux relativement au soin et à la garde des enfants. Comme le souligne le juge L'Heureux-Dubé, le par. 18(4) de la Loi établit une présomption de tutelle conjointe:

[TRADUCTION] 18 . . .

(4) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le père et la mère d'un enfant sont cotuteurs de celui-ci et ils ont un droit égal d'assurer le soin et la garde de l'enfant:

a) sauf disposition contraire de la *Guardianship Act*;

b) sauf ordonnance à l'effet contraire émanant d'un tribunal compétent.

Cependant, l'art. 52 de la *Family Maintenance Act* (mod. par S.N.S. 1994-95, ch. 6, par. 63(4)) est encore plus important à cet égard, car il décrit l'effet des ententes relatives à la garde:

[TRADUCTION]

Enregistrement des ententes

52 (1) Un juge peut, avec le consentement de l'une des parties, enregistrer auprès de la cour une entente conclue par les parties relativement à l'entretien, au soin et à la garde ou aux privilèges d'accès et de visite, ou toute modification de cette entente.

88

89

90

Inquiry into agreement

(2) Before registering an agreement pursuant to subsection (1), a judge may inquire into the merits of the agreement and, after giving the parties an opportunity to be heard, may vary its terms as he deems fit.

Effect of registration

(3) An agreement, including amendments registered pursuant to this Section, shall for all purposes have the effect of an order for maintenance or respecting care and custody or access and visiting privileges made under this Act.

It should also be noted that s. 4 of the *Guardianship Act*, R.S.N.S. 1989, c. 189, provides that the parents may, "by instrument in writing executed in the presence of two witnesses", appoint a guardian for their child. This provision is not relevant on the facts of this case, however, because it is nowhere suggested that the purpose of the "agreement" between the appellant and Seymour was to appoint a guardian.

91 Pursuant to s. 52 of the *Family Maintenance Act*, a registered custody agreement may have the same effect as a court order. If a custody agreement could, by virtue of the common law alone, upset the statutory presumption of joint entitlement to care and custody, then the requirement of registration in s. 52 would be rendered meaningless — an agreement would have the effect of an order without being registered.

92 On the basis of the foregoing, the role of the purported custody "agreement" between the parties can arguably be safely discounted. The law establishes, as a baseline, that both parents are entitled to care and custody of the child unless a court orders otherwise: *Family Maintenance Act*, s. 18(4). An agreement may have the effect of an order, but only if it has been registered in the court: s. 52. No formal order was made in this case, and the agreement at issue in this case appears not to have been registered. I should pause to mention that the order of March 10, 1992 granted "interim liberal access" to the mother. It could be argued that this order, by implication,

Examen de l'entente

(2) Avant d'enregistrer une entente conformément au paragraphe (1), le juge peut examiner le bien-fondé de l'entente, et, après avoir donné aux parties la possibilité de se faire entendre, il peut y apporter les modifications qu'il estime appropriées.

Effet de l'enregistrement

(3) Les ententes et les modifications enregistrées conformément au présent article produisent les mêmes effets qu'une ordonnance rendue en vertu de la présente loi relativement à l'entretien, au soin et à la garde ou aux privilèges d'accès et de visite.

Il convient également de souligner que, aux termes de l'art. 4 de la *Guardianship Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 189, les parents peuvent [TRADUCTION] «par instrument écrit, passé en présence de deux témoins», nommer un tuteur à leur enfant. Toutefois, cette disposition n'est pas pertinente en l'espèce, car rien n'indique que l'«entente» entre l'appelant et M^{me} Seymour avait pour but de nommer un tuteur.

En vertu de l'art. 52 de la *Family Maintenance Act*, une entente relative à la garde enregistrée peut avoir le même effet qu'une ordonnance de la cour. Si une entente relative à la garde pouvait, par l'effet de la common law seule, réfuter la présomption légale de droit égal d'assurer le soin et la garde de l'enfant, l'obligation d'enregistrement prévue par l'art. 52 deviendrait alors inutile — une entente aurait l'effet d'une ordonnance sans qu'elle ait été enregistrée.

Compte tenu de ce qui précède, on peut sans crainte soutenir que la présumée «entente» relative à la garde entre les parties ne joue aucun rôle. Le droit établit, comme principe de base, que les deux parents ont le droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant, sauf ordonnance judiciaire à l'effet contraire: par. 18(4) de la *Family Maintenance Act*. Une entente peut produire les mêmes qu'une ordonnance, mais seulement si elle a été enregistrée auprès de la cour: art. 52. Aucune ordonnance formelle n'a été rendue en l'espèce, et il semble que l'entente n'a pas été enregistrée. Je tiens à mentionner que l'ordonnance du 10 mars 1992 accordait à la mère un [TRADUCTION] «accès provi-

grants care and custody to the father. However, I do not think that something as important as a parent's statutory right to joint custody of her child should be abrogated except in the clearest of terms. I suspect that the mother did not raise s. 18(4) of the *Family Maintenance Act* at the interim hearing, and that the judge's decision to grant "interim liberal access" consequently reflects unawareness of that provision. And in any case, if it were found that the order of March 10, 1992 was an order respecting custody, s. 283 would not even apply. The relevant provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, would then be s. 282.

Therefore, as there was no order made by the court otherwise, there was no evidence before it that might upset the statutory presumption of joint care and custody. Both parents retained their entitlement to care and custody of the child. Consequently, it cannot be said, on the basis of the agreement, that the appellant did not take Michael from the possession of his mother.

However, even if I were to accept that the common law governs in this case, I still would have trouble with the argument advanced by my colleague. It is one of the features of the law of contracts that the freedom of the parties to arrange their own affairs will in certain cases yield to concerns of policy. For reasons of equity, terms are often implied that do not exist on a literal reading of the instrument. In a case such as this one, it may well be that a fair implication is that any giving up of custody by one parent is subject to the condition that the other parent should not abscond with the child. Thus, even if the parents did agree that the father should have care and custody of the child, arguably it was not in the contemplation of the mother to authorize the spiriting of the child out of the country. I acknowledge the contrary argument, namely, that, if this implied term were accepted, parents would be unable to conclude binding

soire souple». On pourrait prétendre, par implication, que cette ordonnance accorde le soin et la garde au père. Toutefois, je n'estime pas qu'une chose aussi importante que le droit à la garde conjointe de l'enfant accordé par la loi à un parent peut être abrogé autrement que par une disposition très claire en ce sens. Je soupçonne que la mère n'a pas invoqué le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act* à l'audience concernant les mesures provisoires et que la décision du juge d'accorder un «accès provisoire souple» ne tient en conséquence pas compte de cette disposition. D'ailleurs, quoi qu'il en soit, s'il était jugé que l'ordonnance du 10 mars 1992 était une ordonnance relative à la garde, l'art. 283 ne s'appliquerait même pas. La disposition pertinente serait alors plutôt l'art. 282 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Par conséquent, comme il n'y avait pas d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire, la cour ne disposait d'aucun élément de preuve susceptible de réfuter la présomption légale concernant le caractère conjoint de la garde et du soin de l'enfant. Le père et la mère conservaient leur droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant. Par conséquent, il est impossible d'affirmer, en se fondant sur l'entente, que l'appelant n'a pas enlevé Michael à la possession de sa mère.

Toutefois, même si j'acceptais que le présent cas est régi par la common law, je continuerais d'avoir de la difficulté avec l'argument avancé par ma collègue. Une des caractéristiques du droit des contrats est que, dans certains cas, la liberté des parties d'arranger leurs affaires comme elles l'entendent cède le pas à des considérations de politique générale. Il arrive souvent, pour des raisons fondées sur l'*equity*, que l'on infère l'existence de conditions ne figurant pas explicitement dans un instrument. Dans une affaire comme la présente, il est bien possible qu'il soit juste d'inférer que la renonciation à la garde par un parent est assujettie à la condition que l'autre parent ne s'enfuit pas avec l'enfant. Par conséquent, même si les parents ont bel et bien convenu que le père assumerait le soin et la garde de l'enfant, on peut affirmer que ce n'était pas en envisageant que la mère autorisait que l'on emmène clandestinement l'enfant hors du pays.

93

94

agreements respecting custody. However, I do not mean to suggest that no agreement could ever confer unfettered care and custody on one parent. My point is that the inquiry must be an *ad hoc* one to be determined according to all circumstances of the case. I have simply not seen sufficient evidence concerning the agreement in this case to say whether it might have conferred absolute care and custody on the father. And, as L'Heureux-Dubé J. has said, it is not the role of this Court to settle the precise legal significance of whatever agreement might have existed between the appellant and Seymour because that matter is not properly before us.

95

My final comments relate to the role that intent plays in narrowing the scope of s. 283. I agree that intent can in many cases be inferred from conduct. However, if this is so it is because the inference makes sense. To impugn or make light of the inference from conduct to intent is to challenge one of the most fundamental inferences known to criminal evidence. No trier of fact, however clairvoyant, is privy to the thoughts of the accused. The indicia of intent are generally external, but they are not for that reason unreliable. If, having heard all the evidence, a judge or a jury concludes that an accused acted with a certain intent, chances are good that the accused did act with that intent. Although I appreciate the concern that a parent who inadvertently and only technically breaches the other parent's custody rights may face imprisonment, I wish to emphasize that the *mens rea* of the offence is not simply the intention to take the child, but the intention to take the child from the possession of one who is entitled to that possession. If a parent acts with the latter kind of intent, then it is not an extraordinary thing that he or she should face the sanction of the criminal law. Surely the parent whose only offence is to return his child to the custodial parent five minutes late does not have the requisite intent, and so is unlikely to face prosecution. While such a parent may know that he has, in however small a measure, deprived the custodial

J'admets l'argument contraire, soit que, si cette condition implicite était acceptée, les parents seraient incapables de conclure des ententes les liant en matière de garde. Cependant, je ne suggère pas par là qu'une entente ne peut jamais avoir pour effet d'accorder sans réserve à l'un des parents le soin et la garde de l'enfant. Le point que je veux souligner c'est que l'examen doit être fait au cas par cas et tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. En l'espèce, je n'ai tout simplement pas vu suffisamment d'éléments de preuve relatifs à l'entente pour décider si celle-ci a pu conférer de manière absolue au père le soin et la garde de l'enfant. De plus, comme le juge L'Heureux-Dubé l'a dit, il n'appartient pas à notre Cour de déterminer la portée juridique précise de l'entente qui a pu exister entre l'appelant et M^{me} Seymour, parce que nous ne sommes pas saisis de cette question.

Mon dernier commentaire porte sur le rôle que joue l'intention dans la limitation de la portée de l'art. 283. Je suis d'accord que l'intention peut, dans bon nombre de cas, être inférée de la conduite. Toutefois, s'il en est ainsi, c'est que l'inférence est logique. Attaquer ou traiter superficiellement le fait d'inférer l'intention de la conduite c'est contester l'une des inférences les plus fondamentales en matière de preuve pénale. Aucun juge des faits, aussi sagace qu'il puisse être, ne peut lire les pensées de l'accusé. Les indices de l'intention sont généralement externes, mais cela ne veut pas dire pour autant qu'ils ne sont pas fiables. Si, après avoir entendu toute la preuve, le juge ou le jury conclut qu'un accusé a agi dans une intention donnée, il y a de bonnes chances que l'accusé ait agi dans cette intention. Bien que je comprenne l'inquiétude que soulève la possibilité qu'un parent qui viole par inadvertance et de façon technique seulement les droits de garde de l'autre parent risque l'emprisonnement, je tiens à souligner que la *mens rea* de l'infraction n'est pas seulement l'intention d'enlever l'enfant, mais l'intention d'enlever l'enfant à la possession d'une personne qui a droit à cette possession. Si un parent agit dans cette dernière intention, il n'y a alors rien d'extraordinaire à ce qu'il soit assujéti aux rigueurs du droit pénal. Le parent dont la seule infraction est de ramener l'enfant au parent gardien cinq minutes en

parent of possession of her child, it does not follow that he intends that consequence. Prosecution of trifling offences under s. 283 is not to be expected, because the offence described in s. 283 is not trifling.

I would dispose of the appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

Appeal dismissed, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Jean A. Swantko, Bellows Falls, Nova Scotia.

Solicitor for the respondent: The Public Prosecution Service (Appeals Branch), Halifax.

retard n'a sûrement pas l'intention requise, et il est donc peu probable qu'il fasse l'objet de poursuites. Bien que ce parent ait pu savoir que, indépendamment du caractère minimal de la privation, il a néanmoins privé le parent gardien de la possession de l'enfant, il ne s'ensuit pas qu'il entendait que cette conséquence se produise. Il ne faut pas s'attendre que l'art. 283 donne lieu à la poursuite d'infractions insignifiantes, car l'infraction décrite à l'art. 283 n'a rien d'insignifiant.

Je suis d'avis de trancher sur le pourvoi de la manière proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Pourvoi rejeté, les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appellant: Jean A. Swantko, Bellows Falls, Nouvelle-Écosse.

Procureur de l'intimée: Le Service des poursuites publiques (Direction des appels), Halifax.



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

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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1996 Vol. 3

5^e cahier, 1996 Vol. 3

Cited as [1996] 3 S.C.R. 829-1041

Renvoi [1996] 3 R.C.S. 829-1041

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool) 919

Civil rights — Fair hearing by independent tribunal — Administrative tribunals — Régie des permis d'alcool — Cancellation of liquor permits on account of disturbance of public tranquility — Structure and operating procedures of Régie — Whether Régie complies with guarantees of independence and impartiality set out in s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms — Scope of s. 23 of Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 23, 56(1) — Act respecting liquor permits, R.S.Q., c. P-9.1, ss. 2, 75, 86(8).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool) 919

Libertés publiques — Audition impartiale par un tribunal indépendant — Tribunaux administratifs — Régie des permis d'alcool — Révocation de permis d'alcool pour cause d'atteinte à la tranquillité publique — Structure et mode de fonctionnement de la Régie — La Régie respecte-t-elle les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Domaine d'application de l'art. 23 de la Charte — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23, 56(1) — Loi sur les permis d'alcool, L.R.Q., ch. P-9.1, art. 2, 75, 86(8).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Cooper v. Canada (Human Rights Commission) 854

Administrative law — Commissions and tribunals — Right to decide issues of law, including constitutional issues — Human Rights Commission considering allegation of discrimination based on age — Act providing that no age discrimination occurring if mandatory retirement set at industry standard — Investigator appointed by Commission recommending that complaint not proceed to tribunal — Whether provision excusing age discrimination contrary to equality provisions of s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether Commission implicitly empowered to refer the matter to a tribunal and so in essence rule on constitutionality of the provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(c).

R. v. Rockey 829

Criminal law — Evidence — Hearsay — Exceptions — Evidence of children — Accused charged with sexual assault of two-and-a-half-year-old child — Child five years old at time of trial — Crown not calling child as witness but instead tendering out-of-court statements he had made to others — Whether trial judge erred in admitting hearsay statements without express inquiry into their necessity — Whether trial judge erred in admitting certain out-of-court statements without a voir dire — Whether trial judge erred in failing to charge jury on which statements it could use for truth of their contents and which went to credibility only — Whether verdict would necessarily have been the same — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

SOMMAIRE (Fin)

Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne) 854

Droit administratif — Commissions et tribunaux administratifs — Droit de trancher des questions de droit, y compris des questions constitutionnelles — Allégation de discrimination fondée sur l'âge examinée par la Commission des droits de la personne — Loi disposant qu'il n'y a pas discrimination fondée sur l'âge si l'âge de la retraite obligatoire est établie suivant la norme en vigueur dans le secteur — Recommandation de l'enquêteur nommé par la Commission que la plainte ne soit pas déferée devant un tribunal — La disposition permettant la discrimination fondée sur l'âge est-elle contraire aux dispositions sur l'égalité de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — La Commission a-t-elle le pouvoir implicite de déferer l'affaire à un tribunal et de se prononcer ainsi en substance sur la constitutionnalité de la disposition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15c).

R. c. Rockey 829

Droit criminel — Preuve — Ouf-dire — Exceptions — Témoignage d'enfants — Accusé inculpé d'agression sexuelle contre un enfant de deux ans et demi — Enfant âgé de cinq ans au moment du procès — Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve des déclarations extrajudiciaires de l'enfant à d'autres personnes — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les déclarations relatées sans examiner de façon particulière leur nécessité? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant certaines déclarations extrajudiciaires sans tenir de voir-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant, dans ses directives, d'indiquer au jury celles des déclarations qu'il pouvait utiliser comme preuve de la véracité de leur contenu et celles qui avaient trait à la crédibilité seulement? — Le verdict aurait-il nécessairement été le même? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Shaun Edward Rockey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROCKEY

File No.: 24784.

1996: June 13; 1996: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Hearsay — Exceptions — Evidence of children — Accused charged with sexual assault of two-and-a-half-year-old child — Child five years old at time of trial — Crown not calling child as witness but instead tendering out-of-court statements he had made to others — Whether trial judge erred in admitting hearsay statements without express inquiry into their necessity — Whether trial judge erred in admitting certain out-of-court statements without a voir dire — Whether trial judge erred in failing to charge jury on which statements it could use for truth of their contents and which went to credibility only — Whether verdict would necessarily have been the same — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with sexual assault of R, a two-and-a-half-year-old child. The accused was a friend of R's father, who on the evening in question asked him to babysit while he ran some errands. R was left alone with the accused for two hours. In the following days, R complained that his bum was sore. Two days later he told his mother that the accused had hurt his bum and "put his peter in [his] bum". The child was seen by a pediatrician who confirmed injury to the anus consistent with the insertion of a blunt object. In the subsequent months, R's behaviour changed. He was no longer happy and outgoing. He exhibited fear of social encounters, particularly with men. He engaged in inappropriate sexual behaviour with other children. On a number of occasions, he made statements to various people about the incident with the accused. The matter

Shaun Edward Rockey *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROCKEY

N° du greffe: 24784.

1996: 13 juin; 1996: 21 novembre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Exceptions — Témoignage d'enfants — Accusé inculpé d'agression sexuelle contre un enfant de deux ans et demi — Enfant âgé de cinq ans au moment du procès — Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve des déclarations extrajudiciaires de l'enfant à d'autres personnes — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les déclarations relatives sans examiner de façon particulière leur nécessité? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant certaines déclarations extrajudiciaires sans tenir de voir-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant, dans ses directives, d'indiquer au jury celles des déclarations qu'il pouvait utiliser comme preuve de la véracité de leur contenu et celles qui avaient trait à la crédibilité seulement? — Le verdict aurait-il nécessairement été le même? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'accusé a été inculpé d'avoir agressé sexuellement R, un enfant de deux ans et demi. L'accusé était un ami du père de R. Le soir en question, le père a demandé à l'accusé s'il voulait bien garder l'enfant pendant qu'il allait faire des courses. Il a laissé R seul avec l'accusé pendant deux heures. Dans les jours qui ont suivi, l'enfant s'est plaint d'avoir mal au derrière. Deux jours plus tard, l'enfant a dit à sa mère que l'accusé lui avait fait mal au derrière et qu'il «lui avait mis son zizi dans le derrière». L'enfant a été amené chez un pédiatre, qui a confirmé que l'enfant avait subi à l'anus une lésion susceptible d'avoir été provoquée par l'insertion d'un objet contondant. Au cours des mois qui ont suivi, le comportement de R a changé. Il n'était plus joyeux et sociable. Il craignait les contacts sociaux, surtout avec les hommes. Il a également commencé à avoir un compor-

came on for trial some years later, when R was five years old. The Crown did not call the child, but instead tendered seven statements he had made about the incident, arguing that while hearsay, they were admissible as necessary and reasonably reliable following this Court's decision in *Khan*. On the initial *voir dire* on the admissibility of these statements, the trial judge ruled that two would be admitted and rejected the other five. On a second *voir dire*, defence counsel argued that in view of certain inconsistent statements, referring to the father as having been present at the incident, all the statements should be excluded. The trial judge rejected that argument but accepted defence counsel's alternative argument that R's statements bearing on his father's presence or absence should be admitted. As the trial proceeded, a number of statements attributed to R, including some never subjected to a *voir dire*, were admitted into evidence without objection and without any further *voir dire*s or rulings. The accused did not testify or present evidence of alibi. In his instructions to the jury at the conclusion of the trial, the trial judge referred to the statements globally as having been introduced as an exception to the hearsay rule. The accused was convicted. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ.: The question of necessity on which the trial judge erred in failing to make findings was a preliminary determination of mixed law and fact relating to the admissibility of crucial evidence. While findings on those preliminary matters would have constituted mixed questions of law and fact, failure to make them was an error of law. Where that occurs, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* requires the court to trace the effect of the error through the process of the trial and to determine its effect on the ultimate verdict. In this case, the trial judge was required to address two issues preliminary to a finding of necessity: (a) testimonial competence, and, if competent, (b) potential trauma to the child should he testify. With respect to (a), an evaluation of the evidence could lead to different conclusions. In any event, some trial judges might have considered speaking to the child under child-friendly

tement sexuel inapproprié avec d'autres enfants. À un certain nombre d'occasions, il a fait à diverses personnes des déclarations concernant l'incident avec l'accusé. Lorsque le procès a eu lieu quelques années plus tard, R était alors âgé de cinq ans. Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve sept déclarations faites par R au sujet de l'incident, et a soutenu que, même si elles constituaient du ouï-dire, ces déclarations étaient admissibles parce qu'elles étaient nécessaires et raisonnablement fiables, conformément à l'arrêt *Khan* de notre Cour. Au cours du premier voir-dire sur l'admissibilité de ces déclarations, le juge du procès a statué que deux d'entre elles seraient admises, mais il a rejeté les cinq autres. Durant un deuxième voir-dire, l'avocat de la défense a prétendu que toutes les déclarations devraient être exclues, vu l'existence de certaines déclarations incompatibles, faisant état de la présence du père au cours de l'incident. Le juge du procès a rejeté cet argument, mais il a accepté l'argument subsidiaire de l'avocat de la défense qu'il y avait lieu d'admettre les déclarations de R concernant la présence ou l'absence de son père. Au fil du procès, un certain nombre de déclarations attribuées à R, y compris certaines n'ayant jamais donné lieu à un voir-dire, ont été admises en preuve sans objection et sans qu'il y ait d'autres voir-dire ou décisions à cet égard. L'accusé n'a ni témoigné ni présenté de preuve d'alibi. Dans ses directives au jury à la fin du procès, le juge du procès a parlé des déclarations globalement, disant qu'elles avaient été introduites en tant qu'exception à la règle du ouï-dire. L'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier: La question de la nécessité sur laquelle le juge du procès a fait erreur en omettant de tirer des conclusions concernait une décision préliminaire portant sur des questions mixtes de droit et de fait se rapportant à l'admissibilité d'éléments de preuve cruciaux. Bien que les conclusions sur ces points préliminaires auraient constitué des questions mixtes de droit et de fait, l'omission de tirer ces conclusions a constitué une erreur de droit. Dans un tel cas, le sous-al. 686(1)(b)(iii) exige que la cour examine l'effet de l'erreur sur le cours du procès et sur le verdict. En l'espèce, le juge du procès devait trancher deux questions avant de conclure à la nécessité: a) l'habilité de l'enfant à témoigner et, en cas de réponse affirmative, b) la possibilité que l'enfant subisse un traumatisme s'il témoignait. En ce qui concerne la question a), l'appréciation de la preuve pourrait mener à des conclusions

circumstances. With respect to (b), however, in light of the uncontradicted evidence of the Crown's expert witness, a trial judge would inevitably have concluded that the child would be traumatized by actually being called as a witness. It follows that the element of necessity is made out in law and the evidence would inevitably have been admitted had the trial judge not erred. Accordingly, the verdict would necessarily have been the same. The admission of certain additional statements did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice. The Crown has discharged its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

Per Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: A trial judge on an application to admit hearsay evidence pursuant to *Khan* should formally consider and rule on whether the requirements of necessity and reliability are met. Where a trial judge neglects to make a finding which is essential to determining the admissibility of a crucial piece of evidence, this may amount to an error of law which necessitates the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The majority of the Court of Appeal did not err here in concluding that the trial judge would inevitably have admitted the hearsay evidence had he properly considered and ruled upon its admissibility. This Court ruled in *Khan* that a child's out-of-court statement about events at issue in a trial may be received notwithstanding that it is hearsay, provided that the reception of the statement is made necessary by the unavailability of the child's direct evidence on the stand and provided that the out-of-court statement is reasonably reliable. Reliability was conceded and is not in issue here. Necessity, on the *Khan* test, may be established if the child is incompetent to testify, unable to testify, unavailable to testify, or if the trial judge is satisfied, based on psychological assessments, that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child. A reasonable trial judge would inevitably have found the requirement of necessity to be met in this case. It is unrealistic to conclude that R could have communicated his evidence in any useful sense. Moreover, even if R possessed the ability to communicate his evidence under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*, the expert evidence established clearly that he did not understand what it meant to promise to tell the truth, and so he could not meet the requirement of s. 16(3). The

différentes. Quoi qu'il en soit, il est possible que certains juges auraient envisagé de parler avec l'enfant dans un environnement où celui-ci se serait senti à l'aise. Cependant, en ce qui a trait à la question b), vu le témoignage non contredit du témoin expert du ministère public, le juge du procès aurait inévitablement conclu que l'enfant serait traumatisé s'il était effectivement appelé à témoigner. Il s'ensuit qu'on a établi, en droit, la nécessité, et que les éléments de preuve auraient nécessairement été admis si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Par conséquent, le verdict aurait nécessairement été le même. L'utilisation de certaines déclarations additionnelles n'a pas occasionné de tort important ou d'erreur judiciaire grave. Le ministère public s'est acquitté de l'obligation que lui impose le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*.

Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Le juge du procès qui est saisi d'une demande visant à faire admettre une preuve par ouï-dire conformément à l'arrêt *Khan* devrait expressément examiner et trancher la question de savoir si les exigences relatives à la nécessité et à la fiabilité sont respectées. Dans les cas où le juge du procès néglige de tirer une conclusion essentielle pour déterminer l'admissibilité d'un élément de preuve crucial, cela peut constituer une erreur de droit nécessitant l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. En l'espèce, les juges de la majorité de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur en concluant que le juge du procès aurait inévitablement admis la preuve par ouï-dire s'il avait correctement examiné et tranché la question de l'admissibilité de cet élément. Dans *Khan*, notre Cour a statué qu'une déclaration extrajudiciaire faite par un enfant relativement aux incidents en litige dans le cadre d'un procès comme celui qui nous intéresse peut être reçue, même s'il s'agit de ouï-dire, pourvu, d'une part, que la réception de cette déclaration soit nécessaire parce que le témoignage de vive voix de l'enfant n'est pas disponible, et, d'autre part, que cette déclaration extrajudiciaire soit raisonnablement fiable. La fiabilité a été admise et n'est pas en litige en l'espèce. Suivant le critère formulé dans l'arrêt *Khan*, la nécessité peut être établie si l'enfant est inhabile à témoigner, s'il est incapable de le faire ou s'il n'est pas disponible pour le faire, ou encore si le juge du procès est convaincu, sur le fondement d'évaluations psychologiques, que le fait de témoigner devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter autrement préjudice. Un juge raisonnable aurait inévitablement conclu que l'exigence relative à la nécessité était respectée en l'espèce. Il est irréaliste de conclure que R aurait pu communiquer les faits dans son témoignage de manière utile. Qui plus est, même si R posséd-

evidence also supports a finding of necessity on the grounds of trauma to the child.

With respect to the admission of out-of-court statements that were never the subject of a formal *voir dire*, these statements, which pertained to the presence or absence of the father at the incident, were admitted at the insistence of the defence and were obviously not intended to be used as evidence of the truth of their contents, but were admitted to provide a ground for arguing that R had been inconsistent regarding his father's presence or absence. On this view, there was in fact a *voir dire* and a ruling on the admissibility of the subsequent statements.

In his charge to the jury the trial judge did not differentiate between the two statements ruled admissible at the first *voir dire*, which were admitted for the truth of their contents, and the other statements, which were admitted on the issue of consistency. Assuming that the trial judge's failure to instruct the jury on the different purposes for which it could use the different statements constitutes error, in the circumstances of this case no reasonable jury receiving the limiting instruction would have arrived at a different conclusion. The additional statements objected to added no new information capable of strengthening the statements tendered for their truth. Further, any effect the absence of the direction might possibly have had pales to insignificance against the backdrop of the strength of the case against the accused. No reasonable jury, properly instructed, would have entered a verdict of acquittal.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10; *R. v. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(b) [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 18], (3) [*idem*].

dait la capacité de communiquer les faits dans son témoignage, comme l'exige l'al. 16(1)b) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le témoignage de l'expert a clairement établi qu'il ne comprenait pas ce que voulait dire le fait de promettre de dire la vérité, et il ne pouvait donc pas respecter l'exigence prévue au par. 16(3). La preuve étaye également une conclusion de nécessité fondée sur le traumatisme pour l'enfant.

En ce qui concerne l'admission des déclarations extrajudiciaires qui n'ont jamais fait l'objet d'un *voir-dire* formel, ces déclarations, qui concernaient la présence ou l'absence du père au moment de l'incident, ont été admises sur les instances de la défense et n'avaient évidemment pas pour but de servir comme preuve de la véracité de leur contenu. Elles ont plutôt été admises comme fondement permettant de plaider que R avait fait des déclarations contradictoires relativement à la présence ou à l'absence de son père. Dans cette optique, il y a en fait eu un *voir-dire* et une décision sur l'admissibilité des déclarations ultérieures.

Dans son exposé au jury, le juge du procès n'a fait aucune distinction entre les deux déclarations jugées admissibles au premier *voir-dire*, qui ont été admises comme preuve de la véracité de leur contenu, et les autres déclarations, qui ont été admises relativement à la question de la cohérence. À supposer que l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur les différentes fins auxquelles pouvaient servir les diverses déclarations constitue une erreur, dans les circonstances, aucun jury raisonnable, ayant reçu la directive restrictive, ne serait arrivé à une conclusion différente. Les déclarations additionnelles qui ont fait l'objet d'une objection n'apportaient aucun élément nouveau susceptible de renforcer les déclarations présentées comme preuve de leur véracité. En outre, tout effet qu'a pu avoir l'absence de directives est négligeable comparé à la force de la preuve contre l'accusé. Aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait rendu un verdict d'acquiescement.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *Khan c. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10; *R. c. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1b)(iii).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d) 31, 82 O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

D. Fletcher Dawson, for the appellant.

M. David Lepofsky, for the respondent.

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

SOPINKA J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice McLachlin but while I reach the same result I disagree with her application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, with respect to the failure of the trial judge to make findings on the question of necessity.

The matters in respect of which the trial judge erred in failing to make findings were a preliminary determination of mixed law and fact relating to the admissibility of crucial evidence. Evidence was led on the *voir dire* on which findings were required to be made. While findings on those preliminary matters would have constituted mixed questions of law and fact, failure to make them was an error of law. Where that occurs, s. 686(1)(b)(iii) requires the court to trace the effect of the error through the process of the trial and to determine its effect on the ultimate verdict. If the preliminary matter is purely a question of law which the trial judge failed to decide, the Court of Appeal decides what was the right conclusion in law. If that conclusion leads to the admissibility of evidence which was in fact admitted, then the error had no effect on the verdict. The appellate court will not entertain an argument that different judges

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)*b*) [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 18], (3) [*idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d) 31, 82 O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa condamnation pour agression sexuelle causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

D. Fletcher Dawson, pour l'appellant.

M. David Lepofsky, pour l'intimée.

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

LE JUGE SOPINKA — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue le juge McLachlin. Toutefois, bien que j'arrive au même résultat qu'elle, je ne souscris pas à l'application qu'elle fait du sous-al. 686(1)*b*(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement à l'omission du juge du procès de tirer des conclusions à l'égard de la question de la nécessité.

Les points à l'égard desquels le juge du procès a fait erreur en omettant de tirer des conclusions concernaient une décision préliminaire portant sur des questions mixtes de droit et de fait se rapportant à l'admissibilité d'éléments de preuve cruciaux. Ont été présentés, au voir-dire, des éléments de preuve à l'égard desquels des conclusions devaient être tirées. Bien que les conclusions sur ces points préliminaires auraient constitué des questions mixtes de droit et de fait, l'omission de tirer ces conclusions a constitué une erreur de droit. Dans un tel cas, le sous-al. 686(1)*b*(iii) exige que la cour examine l'effet de l'erreur sur le cours du procès et sur le verdict. Si le point préliminaire est purement une question de droit sur laquelle le juge du procès a omis de statuer, la cour d'appel décide quelle est la bonne conclusion en droit. Si cette conclusion entraîne l'admissibilité d'éléments de preuve qui ont, de fait, été admis, alors l'erreur n'a eu aucun effet sur le verdict. La cour d'appel n'acceptera pas l'argument que des

1

2

might decide differently. There is only one answer which is that given by the appellate court.

3 On the other hand, if the preliminary matter is one of fact or mixed law and fact, the decision is not necessarily inevitable. In our system where there is a dispute on matters of fact, the general rule is that the appellant is entitled to a decision from a trial judge. In such circumstances, it is wrong for the appellate court to simply decide the matter: The process of reasoning is to ask whether the issue of fact would inevitably have been decided in favour of admissibility. If the answer is in the affirmative, then the error had no effect. If the answer is in the negative, then it might reasonably have affected the verdict because the evidence might have been excluded. This is the way in which both the majority and Doherty J.A. dissenting dealt with the issue in the Court of Appeal although they differed in the result.

4 In this case, the trial judge was required to address two issues preliminary to a finding of necessity:

- (a) testimonial competence, and, if competent,
- (b) potential trauma to the child should he testify.

With respect to (a), as demonstrated by Doherty J.A. dissenting in the Court of Appeal, an evaluation of the evidence could lead to different conclusions. As expressed by him, "I cannot say that a reasonable trial judge would necessarily have found Ryan to be incompetent to give evidence" ((1995), 23 O.R. (3d) 641, at p. 667). Apart from the fact that different conclusions could be drawn from the evidence, some trial judges might have considered speaking to the child under child-friendly circumstances. The trial judge did not even consider this possibility because of the fact that he simply acted on the assumption that the child would not be called by the Crown. I would not conclude, therefore, that but for the failure of the trial judge to make a finding in respect of testi-

juges différents pourraient rendre une autre décision. Il n'y a qu'une seule réponse, celle donnée par la cour d'appel.

Cependant, si le point préliminaire est une question de fait ou une question mixte de droit et de fait, la décision n'est pas nécessairement inévitable. Dans notre système, en cas de différend sur des questions de fait, la règle générale est que l'appelant a droit à ce que ce soit le juge du procès qui tranche. Dans de telles circonstances, la cour d'appel a tort de simplement trancher la question. Le raisonnement qu'il faut faire consiste à se demander si la question de fait aurait inévitablement été tranchée en faveur de l'admissibilité. Si la réponse est oui, alors l'erreur n'a eu aucune incidence. Si la réponse est non, alors il est raisonnable de penser que l'erreur a pu influencer sur le verdict étant donné que l'élément de preuve aurait pu être écarté. C'est de cette façon que tant les juges de la majorité de la Cour d'appel que le juge dissident Doherty ont examiné la question, même s'ils sont arrivés à des réponses différentes.

En l'espèce, le juge du procès devait trancher deux questions avant de conclure à la nécessité:

- a) l'habilité de l'enfant à témoigner et, en cas de réponse affirmative,
- b) la possibilité que l'enfant subisse un traumatisme s'il témoigne.

En ce qui concerne la question a), comme l'a démontré le juge Doherty, dissident en Cour d'appel, l'appréciation de la preuve pourrait mener à des conclusions différentes. Comme il l'a dit: [TRANSCRIPTION] «Je ne peux affirmer qu'un juge raisonnable aurait nécessairement conclu que Ryan était inhabile à témoigner» ((1995), 23 O.R. (3d) 641, à la p. 667). Outre le fait que différentes conclusions pouvaient être tirées de la preuve, il est possible que certains juges auraient envisagé de parler avec l'enfant dans un environnement où celui-ci se serait senti à l'aise. Le juge du procès n'a même pas envisagé cette possibilité, puisqu'il a tout simplement présumé que le ministère public n'assignerait pas l'enfant à témoigner. Par conséquent, je ne conclurais pas que, n'eût été l'omission du juge

monial competence the verdict would necessarily have been the same.

With respect to (b), I am of the view that, in light of the uncontradicted evidence of Dr. Sas, a trial judge would inevitably have concluded that the child would be traumatized by actually being called as a witness. It follows that, in light of this conclusion, the element of necessity is made out in law and the evidence would inevitably have been admitted had the trial judge not erred. Accordingly, the verdict would therefore necessarily have been the same.

In respect to the admission of certain additional statements, I am satisfied for the reasons of the majority of the Court of Appeal and those of my colleague that the admission of these statements did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice. The Crown has discharged its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

I would dismiss the appeal.

The reasons of Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. — The appellant, Shaun Edward Rockey, was charged and convicted of sexual assault of Ryan, a child of two and one-half years. The appellant was a friend of Ryan's father. On the evening in question, the father asked the appellant to babysit while he ran some errands. He left Ryan alone with the appellant from 8:00 to 10:00 p.m. In the following days, Ryan complained that his bum was sore. Two days later he told his mother that Shaun had hurt his bum and "put his peter in [his] bum". The child was seen by a pediatrician who confirmed injury to the anus consistent with the insertion of a blunt object. In the subsequent months, Ryan's behaviour changed. He was no longer happy and outgoing. He exhibited fear of social encounters, particularly with men. And he engaged in inappropriate sexual behaviour with other children. On a number of occasions, he made

du procès de tirer une conclusion à l'égard de l'habilité à témoigner, le verdict aurait nécessairement été le même.

En ce qui a trait à la question b), vu le témoignage non contredit du Dr Sas, je suis d'avis que le juge du procès aurait inévitablement conclu que l'enfant serait traumatisé s'il était effectivement appelé à témoigner. À la lumière de cette conclusion, il s'ensuit qu'on a établi, en droit, la nécessité, et que les éléments de preuve auraient nécessairement été admis si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Par conséquent, le verdict aurait nécessairement été le même.

Pour ce qui est de l'utilisation de certaines déclarations additionnelles, je suis convaincu, pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel et pour ceux de ma collègue, que l'utilisation de ces déclarations n'a pas occasionné de tort important ou d'erreur judiciaire grave. Le ministère public s'est acquitté de l'obligation que lui impose le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — L'appelant, Shaun Edward Rockey, a été accusé et déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement Ryan, un enfant de deux ans et demi. L'appelant était un ami du père de Ryan. Le soir en question, le père a demandé à l'appelant s'il voulait bien garder l'enfant pendant qu'il allait faire des courses. Il a laissé Ryan seul avec l'appelant de 20 heures à 22 heures. Dans les jours qui ont suivi, l'enfant s'est plaint d'avoir mal au derrière. Deux jours plus tard, l'enfant a dit à sa mère que Shaun lui avait fait mal au derrière et qu'il [TRADUCTION] «lui avait mis son zizi dans le derrière». L'enfant a été amené chez un pédiatre, qui a confirmé que l'enfant avait subi à l'anus une lésion susceptible d'avoir été provoquée par l'insertion d'un objet contondant. Au cours des mois qui ont suivi, le comportement de Ryan a changé. Il n'était plus joyeux et sociable. Il craignait les

5

6

7

8

statements to various people about the incident with Shaun.

contacts sociaux, surtout avec les hommes. Il a également commencé à avoir un comportement sexuel inapproprié avec d'autres enfants. À un certain nombre d'occasions, il a fait à diverses personnes des déclarations concernant l'incident avec Shaun.

9 The appellant was charged and the matter came on for trial some years later, when Ryan was five years old. It was a difficult trial. The Crown did not call the child. Instead it tendered seven statements Ryan had made about the incident, arguing that while hearsay, they were admissible as necessary and reasonably reliable following this Court's decision in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531.

L'appelant a été accusé et, lorsque le procès a eu lieu quelques années plus tard, Ryan était alors âgé de cinq ans. Ce fut un procès difficile. Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve sept déclarations faites par Ryan au sujet de l'incident, et a soutenu que, même si elles constituaient du oui-dire, ces déclarations étaient admissibles parce qu'elles étaient nécessaires et raisonnablement fiables, conformément à l'arrêt de notre Cour *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

10 On the initial hearing on the admissibility of these statements (the first *voir dire*), the trial judge ruled that two would be admitted and rejected the other five. On a second *voir dire*, defence counsel argued that in view of certain inconsistent statements, referring to the father as having been present at the incident, all the statements should be excluded. The trial judge rejected that argument but accepted defence counsel's alternative argument that Ryan's statements bearing on his father's presence or absence should be admitted. As the trial proceeded, a number of statements attributed to Ryan, including some never subjected to a *voir dire*, were admitted into evidence without objection and without any further *voir dire*s or rulings. The appellant did not testify or present evidence of alibi. In his instructions to the jury at the conclusion of the trial, the trial judge referred to the statements globally as having been introduced as an exception to the hearsay rule. The jury convicted the appellant of sexual assault.

Au cours de l'audition initiale sur l'admissibilité de ces déclarations (le premier voir-dire), le juge du procès a statué que deux d'entre elles seraient admises, mais il a rejeté les cinq autres. Durant un deuxième voir-dire, l'avocat de la défense a prétendu que toutes les déclarations devraient être exclues, vu l'existence de certaines déclarations incompatibles, faisant état de la présence du père au cours de l'incident. Le juge du procès a rejeté cet argument, mais il a accepté l'argument subsidiaire de l'avocat de la défense qu'il y avait lieu d'admettre les déclarations de Ryan relatives à la présence ou à l'absence de son père. Au fil du procès, un certain nombre de déclarations attribuées à Ryan, y compris certaines n'ayant jamais donné lieu à un voir-dire, ont été admises en preuve sans objection et sans qu'il y ait d'autres voir-dire ou décisions à cet égard. L'appelant n'a ni témoigné ni présenté de preuve d'alibi. Dans ses directives au jury à la fin du procès, le juge du procès a parlé des déclarations globalement, disant qu'elles avaient été introduites en tant qu'exception à la règle du oui-dire. Le jury a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle.

11 The appellant appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal. The Ontario Court of Appeal, Doherty J.A. dissenting, dismissed the appeal: (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d)

L'appelant a interjeté appel de la déclaration de culpabilité à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel, le juge Doherty étant dissident: (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d) 31, 82

31, 82 O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186. The appellant appeals to this Court as of right.

The Issues:

The appellant argues that the trial judge erred in three respects:

- (1) in admitting the hearsay statements without an express inquiry into or ruling on the necessity of relying on Ryan's statements as opposed to calling Ryan as a live witness;
- (2) in admitting numerous out-of-court statements, some without a *voir dire*; and
- (3) in failing to charge the jury on which statements it could use for the truth of their contents and which went to credibility only.

If error on one or more of these matters is found, the further issue arises of whether, applying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, it can be concluded that a reasonable jury in the absence of error would necessarily have convicted the appellant.

Decision of the Ontario Court of Appeal

The majority of the Court of Appeal held that the trial judge erred in not formally considering and ruling on necessity in deciding whether the hearsay statements of the child were admissible. However, it held that this made no difference since had he done so, he would inevitably have ruled that necessity was established. Moreover, even if the child had been called as a witness, the outcome of the trial would not have been affected, in the view of the majority. As for the admission of numerous other statements, the majority held that this was harmless error, since the statements were admitted not for the truth of their contents, but to provide a full context within which the jury could weigh the significance of the statements that his father had been present at the incident. The majority of the Court of Appeal ruled that the charge

O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186. L'appelant se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

Les questions en litige

L'appelant prétend que le juge du procès a fait erreur à trois égards:

- (1) en admettant les déclarations relatées, sans avoir examiné de façon particulière la nécessité de se fonder sur les déclarations de Ryan plutôt que le faire témoigner de vive voix, ou avoir statué sur la question;
- (2) en admettant sans voir-dire de nombreuses déclarations extrajudiciaires;
- (3) en omettant, dans ses directives au jury, d'indiquer celles des déclarations qui pouvaient être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu et celles qui avaient trait à la crédibilité seulement.

Si notre Cour conclut qu'il y a eu erreur sur un ou plusieurs de ces points, elle doit ensuite se demander s'il est possible de conclure, en appliquant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qu'un jury raisonnable aurait nécessairement, en l'absence d'erreur, déclaré l'appelant coupable.

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel à la majorité a statué que le juge du procès avait commis une erreur en n'examinant pas et en ne tranchant pas expressément la question de la nécessité lorsqu'il s'est prononcé sur l'admissibilité des déclarations relatées de l'enfant. Cependant, la Cour d'appel a statué que cela ne changeait rien, car l'eût-il fait, le juge du procès aurait inévitablement conclu que la nécessité avait été établie. Qui plus est de l'avis des juges majoritaires, même si l'enfant avait été assigné à témoigner, l'issue du procès n'aurait pas été différente. En ce qui concerne l'admission de plusieurs autres déclarations, les juges majoritaires ont statué qu'il s'agissait d'une erreur non préjudiciable puisque les déclarations avaient été admises non pas comme preuve de la véracité de leur contenu, mais pour donner au juge le contexte général lui permet-

12

13

14

was adequate, even though the trial judge failed to tell the jury that it should not use the statements admitted without a *voir dire* as proof of the truth of their contents.

15 Doherty J.A. dissented. He did not find that the hearsay statements were inadmissible for the truth of their contents; however, he argued that they would not necessarily have been admitted had the trial judge followed the correct procedure. He pointed out that had the additional statements tendered on the issue of credit been inadmissible, the trial judge's failure to tell the jury they could be used only for this purpose was, in his view, fatal. Accordingly, he would have allowed the appeal.

Discussion

1. *Admissibility of the Hearsay Statements*

16 The trial judge on the first *voir dire* referred to the case law requiring a finding of necessity and reliability before a hearsay statement may be admitted for the truth of its contents. However, in his written ruling finding two of the statements admissible, he stated:

I make the following comments on the assumption that Ryan will not testify. Thus, I am proceeding on the basis that at least some of the statements in issue are "reasonably necessary" and therefore meet the first part of the *Khan* test of admissibility.

The appellant argues that the use of the word "assumption" indicates that the trial judge was not ruling on necessity, but was rather deferring to the prosecution's decision not to call the child as a witness. He submits that the trial judge should have called the child and examined him to see whether he could give useful evidence without undue trauma, rather than simply assuming the

tant d'apprécier l'importance des déclarations de l'enfant selon lesquelles son père était présent au moment de l'incident. La Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès avait donné des directives suffisantes aux jurés, même s'il avait omis de leur dire qu'ils ne devraient pas utiliser les déclarations admises sans voir-dire comme preuve de la véracité de leur contenu.

Le juge Doherty a exprimé sa dissidence. Il n'a pas conclu que les déclarations relatées étaient inadmissibles comme preuve de la véracité de leur contenu. Cependant, il a affirmé qu'elles n'auraient pas nécessairement été admises si le juge du procès avait suivi la bonne procédure. Il a souligné que si les déclarations additionnelles présentées relativement à la question de la crédibilité avaient été inadmissibles, l'omission du juge du procès de dire au jury que ces déclarations ne pouvaient être utilisées qu'à cette fin était, à son avis, fatale. En conséquence, il aurait accueilli l'appel.

Analyse

1. *Admissibilité des déclarations relatées*

Lors du premier voir-dire, le juge du procès a fait état de la jurisprudence exigeant qu'une déclaration relatée soit déclarée nécessaire et fiable avant d'être admise comme preuve de la véracité de son contenu. Cependant, dans ses motifs écrits concluant à l'admissibilité de deux des déclarations, il a dit ceci:

[TRADUCTION] Je fais les commentaires qui suivent en supposant que Ryan ne témoignera pas. En conséquence, je pars du fondement qu'au moins certaines des déclarations en litige sont «raisonnablement nécessaires» et satisfont donc au premier volet du critère d'admissibilité formulé dans l'arrêt *Khan*.

L'appelant soutient que l'emploi de l'expression [TRADUCTION] «en supposant» indique que le juge du procès ne statuait pas sur la question de la nécessité, mais qu'il laissait plutôt au ministère public le soin de décider d'assigner ou non l'enfant comme témoin. L'appelant prétend que le juge du procès aurait dû assigner l'enfant et l'interroger pour déterminer s'il pouvait témoigner utilement

child could not testify and that use of the hearsay statements was consequently necessary.

I accept the appellant's contention that a trial judge on an application to admit hearsay evidence pursuant to *Khan* should formally consider and rule on whether the requirements of necessity and reliability are met. Hearsay evidence is not admissible unless these requirements are present. It should not lightly be assumed that they are present, even where the statements are those of a young child. There is no presumption of necessity; it must always be considered on the circumstances of a particular case. The Crown must decide whether to call the child or not. In the event it decides not to call the child and to tender hearsay statements instead, the judge must determine whether the child could not have testified, making it necessary to call substitute evidence.

I agree with counsel for the appellant that where a trial judge neglects to make a finding which is essential to determining the admissibility of a crucial piece of evidence, this may amount to an error of law which necessitates the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Where the Court of Appeal cannot address the question left unanswered by the trial judge without weighing issues of fact, then s. 686(1)(b)(iii) seems to me to require the application of the "inevitability" standard: that is, would the issue of fact inevitably have been decided in a manner which would have led to the same conclusion that the trial judge reached, in this case, admission of the statements. This is the procedure the majority of the Court of Appeal followed in this case, finding that had the trial judge made the necessary inquiry, he would have inevitably admitted the evidence. Doherty J.A., in dissent, was not convinced of the inevitability of that conclusion.

sans subir de traumatisme exagéré, plutôt que de simplement supposer que l'enfant ne pouvait pas témoigner et que l'utilisation des déclarations relatives était en conséquence nécessaire.

J'accepte l'argument de l'appelant que le juge du procès qui est saisi d'une demande visant à faire admettre une preuve par oui-dire conformément à l'arrêt *Khan* devrait expressément examiner et trancher la question de savoir si les exigences relatives à la nécessité et à la fiabilité sont respectées. La preuve par oui-dire n'est admissible que si ces exigences ont été satisfaites. Il ne faut pas supposer, à la légère, qu'elles sont satisfaites, même s'il s'agit de déclarations émanant d'un jeune enfant. Il n'existe pas de présomption de nécessité; chaque cas doit être examiné à la lumière des circonstances qui lui sont propres. Le ministère public doit décider s'il assignera ou non l'enfant à témoigner. Dans le cas où le ministère public décide de ne pas faire témoigner l'enfant, mais plutôt de déposer des déclarations relatives, le juge doit alors déterminer si l'enfant n'aurait pas pu témoigner, ce qui aurait évité la nécessité de déposer une preuve substitutive.

Je suis d'accord avec l'affirmation de l'avocat de l'appelant que, dans les cas où le juge du procès néglige de tirer une conclusion essentielle pour déterminer l'admissibilité d'un élément de preuve crucial, cela peut constituer une erreur de droit nécessitant l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Lorsque la Cour d'appel ne peut répondre à la question laissée sans réponse par le juge du procès sans trancher certaines questions de fait, il me semble alors que le sous al. 686(1)(b)(iii) exige l'application de la norme de l'«inévitabilité»: savoir que la question de fait aurait inévitablement été tranchée d'une manière qui aurait conduit à la conclusion qu'a tirée le juge du procès en l'espèce, c'est-à-dire à l'admission des déclarations. C'est la procédure qu'ont suivie les juges de la majorité de la Cour d'appel dans le présent cas. Ceux-ci ont conclu que si le juge du procès avait fait l'examen nécessaire, il aurait inévitablement admis l'élément de preuve. Le juge dissident Doherty n'était pas convaincu de l'inévitabilité de cette conclusion.

17

18

19 This then is the issue: did the majority of the Court of Appeal err in concluding that the trial judge would inevitably have admitted the hearsay evidence had he properly considered and ruled upon its admissibility? In my view, the majority did not err in so concluding.

Voilà donc quelle est la question en litige: les juges de la majorité de la Cour d'appel ont-ils commis une erreur en concluant que le juge du procès aurait inévitablement admis la preuve par ouï-dire s'il avait correctement examiné et tranché la question de l'admissibilité de cet élément? À mon avis, les juges de la majorité n'ont pas fait d'erreur en concluant de la sorte.

20 This Court ruled in *Khan* that a child's out-of-court statement about events at issue in a trial such as this may be received notwithstanding that it is hearsay, provided that the reception of the statement is made necessary by the unavailability of the child's direct evidence on the stand and provided that the out-of-court statement is reasonably reliable. Reliability is not in issue on this appeal and I consider it no further. Necessity is the issue. Necessity, on the *Khan* test, may be established if the child is incompetent to testify, unable to testify, unavailable to testify, or if the trial judge is satisfied, "based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child . . .": *R. v. Khan, supra*, at p. 546. While not argued in the present case, it may be that necessity can also be established where the child testifies, if the trial judge is satisfied that the admission of the out-of-court statement is reasonably necessary in order to put a full and frank account of the child's version of the relevant events before the jury: *Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10 (Ont. C.A.), at p. 24.

Dans *Khan*, notre Cour a statué qu'une déclaration extrajudiciaire faite par un enfant relativement aux incidents en litige dans le cadre d'un procès comme celui qui nous intéresse peut être reçue, même s'il s'agit de ouï-dire, pourvu, d'une part, que la réception de cette déclaration soit nécessaire parce que le témoignage de vive voix de l'enfant n'est pas disponible, et, d'autre part, que cette déclaration extrajudiciaire soit raisonnablement fiable. La question de la fiabilité n'est pas en litige en l'espèce et je ne l'examinerai pas davantage. C'est la nécessité qui est en litige. Suivant le critère formulé dans l'arrêt *Khan*, la nécessité peut être établie si l'enfant est inhabile à témoigner, s'il est incapable de le faire ou s'il n'est pas disponible pour le faire, ou encore si le juge du procès est convaincu, sur le fondement d'«évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice . . .»: *R. c. Khan*, précité, à la p. 546. Même si cela n'a pas été plaidé en l'espèce, dans les cas où l'enfant témoigne, la nécessité peut également être établie si le juge du procès est convaincu que l'admission de la déclaration extrajudiciaire est raisonnablement nécessaire pour présenter au jury un compte rendu complet et sincère de la version que donne l'enfant des événements pertinents: *Khan c. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10 (C.A. Ont.), à la p. 24.

21 The Crown called Dr. Louise Sas as a witness on the issue of necessity. She testified that Ryan did not understand the concepts of truth, lying and promising.

Le ministère public a fait témoigner le Dr Louise Sas relativement à la question de la nécessité. Celle-ci a dit que Ryan ne comprenait pas les concepts de vérité, de mensonge et de promesse.

Q. Okay, you were starting into the area about the truth and . . .

[TRADUCTION] Q. D'accord, vous aviez commencé à parler de la question de la vérité . . .

A. Yeah. I . . . again, I tried to play a little game there.

R. Oui. Je [. . .] de nouveau, j'ai essayé de jouer à un petit jeu.

“Oh Ryan, do you know what the truth is? Do you know what a lie is?”

and he says,

“Oh yeah”, and he says, “Well, once my mother said she wasn’t going to call and she called”.

And I said — I was waiting.

“So what is that? Is that the truth or was that a lie?”

and he didn’t know, so he couldn’t really extrapolate as to whether that was true or not. I gave him an example and I just, you know,

“If I told you I was wearing a red dress, would I be lying?”

And he said,

“Well, you’re wearing a black dress” — because he knows his colours very well. But he didn’t know that that was a lie. He could not articulate that that was lying, you know, or an untruth. I gave him several other examples and he couldn’t make the abstract connection. He could recite the example, he could tell you something was not right, but he could not then say, if you say that, then you are lying. Okay, so he can’t take it farther. He did not know, really, what a promise was. He could not articulate a promise to me at all. A promise is a promise is a promise, and he could not bring into it the context that is entailed in a promise. [Emphasis added.]

Dr. Sas also testified that not only would giving evidence be extremely traumatic for Ryan, but that he simply would not be able to give evidence in a room with the accused, lawyers and a judge.

Q. Now you’ve talked about his own ability, that you have come to an opinion about, based on an interview in an office which may not have had toys in it, but was smaller than this room. How could you contrast that with the possibility of him testifying in a court room such as this, with a judge and other people present?

THE COURT: And a jury.

Q. Yes.

«Oh Ryan, est-ce que tu sais ce qu’est la vérité? Sais-tu ce qu’est un mensonge?»

Et il répond,

«Oh oui», puis il dit, «Bien, une fois ma mère a dit qu’elle n’allait pas téléphoner et elle a téléphoné».

Et j’ai dit — j’attendais.

«Qu’est-ce que c’est? Est-ce que c’était la vérité ou un mensonge?»

Et il ne le savait pas, par conséquent il ne pouvait pas vraiment extrapoler et se demander si c’était vrai ou faux. Je lui ai donné un exemple et j’ai simplement, vous savez,

«Si je te dis que je porte une robe rouge, est-ce que je mens?»

Et il a dit:

«Bien, vous portez une robe noire», il connaît très bien ses couleurs. Mais, il ne savait pas que c’était un mensonge. Il ne pouvait dire dans ses mots que c’était un mensonge, vous savez, ou dire que ce n’était pas vrai. Je lui ai donné plusieurs autres exemples et il n’a pu faire le lien abstrait. Il pouvait répéter l’exemple, il pouvait dire que quelque chose n’était pas correct, mais il ne pouvait pas dire ensuite, si vous dites cela vous mentez. D’accord, il ne peut pousser son raisonnement plus loin. Il ne savait pas réellement ce qu’était une promesse. Il n’a pas du tout été capable de me dire dans ses mots ce qu’était une promesse. Une promesse est une promesse, est une promesse, et il ne pouvait expliquer le contexte dans lequel s’inscrit une promesse. [Je souligne.]

Le D^r Sas a aussi déclaré que non seulement le fait de témoigner serait extrêmement traumatisant pour Ryan, mais aussi qu’il ne serait tout simplement pas capable de le faire dans une pièce où seraient présents l’accusé, des avocats et un juge.

[TRADUCTION] Q. Vous avez parlé de sa capacité, vous avez dit que vous vous êtes formé une opinion, à partir d’une entrevue réalisée dans un bureau où il n’y avait peut-être pas de jouets, mais qui était plus petit que cette salle. Comment pouvez-vous faire une comparaison entre cette situation et la possibilité qu’il témoigne dans une salle d’audience comme celle-ci, en présence d’un juge et d’autres personnes?

LA COUR: Et un jury.

Q. Oui.

A. I would not advise that in this case for this child.

Q. Why?

A. I feel that he would be traumatized. I think the fact of being in this court room, on the stand, would be traumatic enough that he wouldn't be able to give an account.

. . .

THE COURT: . . . What effect do you think it would have on this boy by testifying? If you want to give me a gradation of trauma or . . .

A. You're talking about a closed circuit t.v. — television or come from the court room?

THE COURT: Well, do you want to start with the court room first, or do you feel that it just will not happen if it's in the court room?

A. It will not happen, I believe, if he has to be in the same room as the accused. I think it would be very traumatic for him to come into contact with Shaun, who he continues to feel is in a jail situation somewhere and that he is safe because this person is being held.

Q. All right, can we take it one step, then, what if there were a screen in place, would you be able to comment on that — a screen that would prevent him from viewing the accused?

A. Well, what the screen does, in a sense . . . you're right, it provides a barrier for the child so he wouldn't see the accused directly, however, I know both from the literature, that children do better in smaller rooms. There's some literature to support the use of closed circuit t.v. and you're more likely to elicit a full account in a smaller room with younger children in particular, and that for this child, I think this large room is so formal, it would be very frightening for him.

. . .

Q. . . . In your opinion, would he be able to give a meaningful account of what happened if he were in a room with a camera that was taking his picture and transmitting that into the court room?

A. It would be . . . I believe he would be able to say pretty much the same as what he said to me today, if he was in a room separate from the court and asked questions one more time. There's no reason to believe that

R. Je ne recommanderais pas cela pour cet enfant.

Q. Pourquoi?

R. J'estime qu'il serait traumatisé. Je crois que le fait de se trouver dans cette salle d'audience, à la barre, serait si traumatisant qu'il ne serait pas capable de relater les faits.

. . .

LA COUR: . . . À votre avis, quel effet aurait sur ce garçon le fait de le faire témoigner? Si vous voulez bien me donner une gradation du traumatisme ou . . .

R. Vous parlez de la télé en circuit fermé — de la télévision, ou encore du témoignage dans la salle d'audience?

LA COUR: Bien, voulez-vous tout d'abord commencer par la salle d'audience, ou croyez-vous que ça ne marchera pas si ça se déroule dans la salle d'audience?

R. À mon avis, ça ne marchera pas s'il se trouve dans la même pièce que l'accusé. Je crois qu'il serait très traumatisant pour lui de se trouver en contact avec Shaun, qu'il croit toujours emprisonné quelque part, il se sent en sécurité parce que cette personne est détenue.

Q. D'accord, passons alors à la solution suivante; s'il y avait un écran, seriez-vous capable de faire des commentaires à cet égard — un écran qui l'empêcherait de voir l'accusé?

R. Bien, ce que fait un écran, [. . .] vous avez raison, un écran établit une barrière protégeant l'enfant, pour qu'il ne voit pas l'accusé directement; cependant, je sais, d'après la littérature, que les enfants réagissent mieux s'ils sont dans de petites pièces. Certains auteurs sont en faveur de l'utilisation de la télévision en circuit fermé et on est plus susceptible d'obtenir un récit complet dans une petite pièce, surtout avec de jeunes enfants; en ce qui concerne l'enfant qui nous intéresse, je crois que cette grande salle a un caractère si solennel qu'elle pourrait être effrayante pour lui.

. . .

Q. . . . À votre avis, serait-il capable de donner un récit utile de ce qui s'est passé s'il était dans une salle devant une caméra transmettant son image dans la salle d'audience?

R. Ce serait [. . .] Je crois qu'il serait capable de répéter sensiblement ce qu'il m'a dit aujourd'hui s'il se trouvait dans une pièce distincte de la salle d'audience et si on lui posait les questions une fois de plus. Il n'y a pas de

he couldn't again say what he said today, but would that be enough, given what I told you he was able to say?

THE COURT: Would he be able to meaningfully respond to cross-examination by a person as kind as Mr. Bentley?

A. I don't have . . . I don't know what you would ask him, so I can't answer, you know. Do you know what I mean? Like, I don't know if he were asked questions about . . . well when did it happen, or at what time or where were you, what room . . . I don't think he could provide any of that. He has not been able to in questioning, so the fact that he would be in a small room with a closed circuit t.v. provision, to me, wouldn't make a difference in that area; but how much information he could give you about the incident . . .

Q. You don't think that that would affect it?

A. No I don't think that will affect how much you will get. I think what we're getting is the most that we're going to get from this child, given his developmental level and the fact that it's two years now. He gave us almost as much as he could then and I don't think we're to expect more now.

Dr. Sas's evidence was uncontradicted. It established beyond doubt that calling this already traumatized child to the courtroom to testify would inflict further trauma upon him. Even to call him for examination on a *voir dire* would be cruel. Having listened to Dr. Sas, it likely was apparent to everyone in the courtroom that Ryan could not and should not be subjected to the ordeal of being questioned by the judge or lawyers. This much we know: everyone simply took it for granted that he would not take the stand. This explains the trial judge's omission to make a formal ruling on necessity and the absence of objection by either party to that omission. The trial and all its participants proceeded on the common understanding that necessity had been manifestly established.

raison de croire qu'il ne pourrait pas répéter ce qu'il a dit aujourd'hui, mais serait-ce suffisant, compte tenu de ce que je vous ai dit qu'il était capable de dire?

LA COUR: Serait-il capable de répondre utilement s'il était contre-interrogé par une personne aussi affable que M. Bentley?

R. Je n'ai pas [. . .] Comme je ne sais pas ce que vous lui demanderiez, je ne puis me prononcer. Comprenez-vous ce que je veux dire? C'est-à-dire, je ne sais pas si on lui posait des questions [. . .] bien sur le moment où les événements se sont produits, ou à quelle heure, ou encore où étais-tu, dans quelle pièce [. . .] Je ne crois pas qu'il pourrait répondre à ces questions. Il n'a pas été capable de le faire en entrevue, donc le fait qu'il se trouverait dans une petite pièce avec un moniteur de télévision en circuit fermé, selon moi, ne ferait pas de différence à cet égard; mais, en ce qui concerne la quantité de renseignements qu'il pourrait donner relativement à l'incident. . .

Q. Vous ne croyez pas que ça aurait une incidence sur cet aspect?

R. Non je ne pense pas que ça aura une incidence sur la quantité de renseignements que vous obtiendrez. À mon avis, nous n'obtiendrons pas davantage de cet enfant que ce que nous obtenons actuellement, compte tenu de son niveau de développement et du fait qu'il s'est maintenant écoulé deux ans depuis l'incident. Il nous a donné presque autant de renseignements qu'il pouvait le faire à l'époque et je ne crois pas que nous pouvons nous attendre à davantage maintenant.

Le témoignage du Dr Sas n'a pas été contredit. Il établissait hors de tout doute que le fait de faire témoigner cet enfant, déjà traumatisé, dans la salle d'audience le traumatiserait davantage. Même l'interroger au cours d'un *voir-dire* serait cruel. Après avoir entendu le témoignage du Dr Sas, il était probablement évident pour tous ceux qui se trouvaient dans la salle d'audience que Ryan ne pouvait pas et ne devait pas être assujéti à l'épreuve que serait le fait d'être interrogé par le juge ou les avocats. Nous savons ceci: tous tenaient pour acquis que l'enfant ne témoignerait pas. Cela explique l'omission du juge du procès de statuer formellement sur la question de la nécessité, ainsi que l'absence d'objection par l'une ou l'autre partie relativement à cette omission. Le procès s'est alors poursuivi, tous les participants agissant comme si la nécessité avait manifestement été établie.

24 Dr. Sas's evidence suggests three grounds for a conclusion of necessity: testimonial incompetence; potential trauma to the child; and inability to present meaningful evidence.

25 The first ground is that Ryan lacked the testimonial capacity required of a witness. Testimonial incompetence can render it necessary to receive the out-of-court statement of a child witness: *R. v. Khan*. Ryan was clearly not competent to testify under oath. He could only have testified upon promising to tell the truth pursuant to s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5:

16. . . .

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may testify on promising to tell the truth.

Two requirements must be met to establish testimonial competence under s. 16(3): the ability to communicate the evidence and the ability to promise to tell the truth: *R. v. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76 (Ont. C.A.). The phrase to "communicate the evidence" in s. 16(1)(b) indicates more than mere verbal ability. In order to establish ability to communicate, "[i]t is necessary to explore in a general way whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court". *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236.

26 Ryan's ability to communicate his evidence in a courtroom setting was limited. Dr. Sas stated:

. . . I believe he would be able to say pretty much the same as what he said to me today, if he was in a room separate from the court and asked questions one more time. There's no reason to believe that he couldn't again say what he said today

At the same time, Dr. Sas testified that Ryan could only give the most basic information of what happened, without detail. Even if he were to be

Le témoignage du Dr Sas suggère trois motifs justifiant de conclure à la nécessité: l'incapacité à témoigner; le traumatisme possible pour l'enfant et l'incapacité de celui-ci de présenter un témoignage utile.

Le premier motif est que Ryan n'avait pas la capacité requise pour témoigner. En cas d'incapacité à témoigner, il peut être nécessaire d'accepter les déclarations extrajudiciaires d'un témoin enfant: *R. c. Khan*. Ryan n'était de toute évidence pas habile à témoigner sous serment. Il n'aurait pu témoigner que sur promesse de dire la vérité conformément au par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5:

16. . . .

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut témoigner sur promesse de dire la vérité.

Deux conditions doivent être satisfaites pour établir l'habilité d'une personne en vertu du par. 16(3): sa capacité de communiquer les faits dans son témoignage et celle de promettre de dire la vérité: *R. c. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76 (C.A. Ont.). L'expression «communiquer les faits» à l'al. 16(1)(b) signifie davantage que la simple capacité de parler. Pour établir la capacité de communiquer, «[i]l est nécessaire de vérifier d'une manière générale si le témoin est capable de percevoir les événements, de s'en souvenir et de les communiquer au tribunal». *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, aux pp. 236 et 237.

La capacité de Ryan de communiquer les faits dans une salle d'audience était limitée. Le Dr Sas a déclaré ceci à ce sujet:

[TRADUCTION] . . . [J]e crois qu'il serait capable de répéter sensiblement ce qu'il m'a dit aujourd'hui s'il se trouvait dans une pièce distincte de la salle d'audience et si on lui posait les questions une fois de plus. Il n'y a pas de raison de croire qu'il ne pourrait pas répéter ce qu'il a dit aujourd'hui . . .

À la même occasion, le Dr Sas a témoigné que Ryan ne pouvait fournir que les renseignements les plus élémentaires sur ce qui s'était passé, sans don-

walked through the process, he lacked the capacity to understand what goes on in court. Cross-examined about videotaping Ryan's evidence or giving it in a small room via closed circuit television, Dr. Sas initially supposed that it could be tried, but clarified that the only information the child could provide would be "this happened to me, it hurt, and he did it". His sense of time was very poor, and he would be able to relate only the bare bones of the incident under very direct questioning. Crown counsel would likely have to be under a table when talking to Ryan, at least part of the time. Dr. Sas also testified that Ryan was much less comfortable with men than women. As for cross-examination, Dr. Sas was very clear that Ryan would be incapable of meaningful response: "if he were asked questions about . . . well when did it happen, or at what time or where were you, what room . . . I don't think he could provide any of that." In the face of this evidence, it is unrealistic to conclude that Ryan could have communicated his evidence in any useful sense either in the courtroom or in a smaller room via closed circuit television.

It may be, as Doherty J.A. concluded, that despite these limitations Ryan possessed the ability to communicate his evidence under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*. Logistical difficulties are generally not a sufficient reason to substitute hearsay evidence for a witness's testimony. However, even if this requirement were met, the case for Ryan testifying would founder on the requirement of s. 16(3), the ability to promise to tell the truth. Dr. Sas's evidence was unequivocal: Ryan did not understand what it meant to promise to tell the truth. I agree with Doherty J.A. in dissent that it is not necessary that the witness be able to define the word "promise" in some technical sense; what

ner de détail. Même si on lui avait expliqué tout le processus, il n'avait pas la capacité de comprendre ce qui se passe devant le tribunal. Lorsqu'elle a été contre-interrogée sur la possibilité d'enregistrer le témoignage de Ryan sur bande magnétoscopique ou de faire déposer celui-ci depuis une petite salle, au moyen d'un système de télévision en circuit fermé, le D^r Sas a d'abord dit qu'elle supposait que cela pourrait être tenté, mais elle a ensuite précisé que les seuls renseignements que l'enfant pourrait fournir étaient les suivants: [TRADUCTION] «cela m'est arrivé, ça m'a fait mal et c'est lui qui l'a fait». L'enfant avait une très mauvaise notion du temps, et il ne pourrait relater que les faits les plus élémentaires de l'incident, en réponse à des questions très directes. L'avocat du ministère public devrait vraisemblablement aller sous la table pour parler à Ryan, au moins une partie du temps. Le D^r Sas a aussi témoigné que Ryan était beaucoup moins à l'aise avec les hommes qu'avec les femmes. Pour ce qui est du contre-interrogatoire, le D^r Sas a dit très clairement que Ryan serait incapable de fournir des réponses utiles: «[TRADUCTION] . . . si on lui posait des questions [. . .] bien sur le moment où les événements se sont produits, ou à quelle heure, ou encore où étais-tu, dans quelle pièce [. . .] Je ne crois pas qu'il pourrait répondre à ces questions.» À la lumière de ce témoignage, il n'est pas réaliste de conclure que Ryan aurait pu communiquer les faits d'une façon utile, que ce soit dans la salle d'audience ou depuis une plus petite pièce, au moyen d'un système de télévision en circuit fermé.

Il est possible, comme a conclu le juge Doherty, que malgré ses limites Ryan ait possédé la capacité de communiquer les faits dans son témoignage, comme l'exige l'al. 16(1)(b) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'existence de problèmes de logistique n'est généralement pas une raison suffisante pour substituer de la preuve par oui-dire à la déposition d'un témoin. Cependant, même si cette exigence était respectée, l'argument en faveur du témoignage de Ryan échouerait en raison de l'exigence prévue au par. 16(3), savoir la capacité de promettre de dire la vérité. Le témoignage du D^r Sas ne laissait place à aucune équivoque: Ryan ne comprenait pas ce que voulait dire le fait de

is required is that the witness understand the obligation to tell the truth in giving his or her evidence. I respectfully part company from Doherty J.A.'s conclusion, however, that it cannot be said that "a reasonable trial judge would necessarily have found Ryan to be incompetent to give evidence" (p. 667 O.R.). On this point, I share the view of the majority of the Court of Appeal. Ryan, as noted above, did not understand the concepts of truth or lying. Nor could he articulate a promise. "A promise is a promise is a promise, and he could not bring into it the context that is entailed in a promise." The only inference that can be drawn from this evidence is that while Ryan understood the difference between what is "so" and "not so", he had no conception of any moral obligation to say what is "right" or "so" in giving evidence or otherwise. In these circumstances, no judge could reasonably have concluded that Ryan was able to promise to tell the truth.

promettre de dire la vérité. Je suis d'accord avec le juge Doherty, dissident, qu'il n'est pas nécessaire que le témoin soit capable de définir le mot «promesse» dans un sens technique; ce qu'il faut c'est que le témoin comprenne l'obligation de dire la vérité pendant son témoignage. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Doherty qu'il est impossible d'affirmer qu'[TRANSDUCTION] «un juge raisonnable aurait nécessairement conclu que Ryan était inhabile à témoigner» (p. 667 O.R.). Sur ce point, je partage l'avis des juges de la majorité. Ryan, comme il a été dit précédemment, ne comprenait pas les concepts de vérité ou de mensonge. Il ne pouvait pas non plus dire dans ses mots ce qu'était une promesse. [TRANSDUCTION] «Une promesse est une promesse, est une promesse, et il ne pouvait expliquer le contexte dans lequel s'inscrit une promesse.» La seule inférence que l'on peut tirer de ce témoignage est que même si Ryan comprenait la différence entre ce qui était «exact» et «pas exact», il n'avait aucune idée de l'obligation morale de dire ce qui est «vrai» ou «exact» lorsqu'on témoigne ou dans d'autres situations. Dans ces circonstances, aucun juge n'aurait pu raisonnablement conclure que Ryan était capable de promettre de dire la vérité.

28

The evidence also supports a finding of necessity on the grounds of trauma to the child. The argument for the appellant on trauma suggested that only the most severe trauma could justify a conclusion of necessity. I respectfully disagree. Mere discomfort is insufficient to establish necessity. But where there is evidence, as here, that an already traumatized child might be further traumatized by being questioned by strange men in a strange situation, that suffices. The Court is not required to wait for proof of actual harm to the child.

La preuve étaye également une conclusion de nécessité fondée sur le traumatisme pour l'enfant. Sur ce point, il a été plaidé, au nom de l'appelant, que seul un traumatisme très grave peut justifier de conclure à la nécessité. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Le simple fait de ne pas être à l'aise est insuffisant pour établir la nécessité. Cependant, lorsqu'il existe une preuve, comme en l'espèce, qu'un enfant déjà traumatisé pourrait l'être davantage s'il est interrogé par des étrangers dans une situation inhabituelle, cela suffit. La Cour n'a pas besoin qu'on lui apporte preuve d'un préjudice réel pour l'enfant.

29

I conclude that a reasonable trial judge would inevitably have found the requirement of necessity to be met. Reliability having been conceded, it follows that the evidence would inevitably have been admitted and that the requirements of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* are met.

Je conclus qu'un juge raisonnable aurait inévitablement statué que l'exigence relative à la nécessité était respectée. La fiabilité des déclarations ayant été admise, il s'ensuit que les éléments de preuve aurait inévitablement été admis et que les exigences du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* sont respectées.

2. Admission of Numerous Out-of-Court Statements

The admission of Ryan's out-of-court statements was attacked on two grounds. The first ground of attack was the absence of necessity, considered above. The second ground is that statements were admitted which were never the subject of a *voir dire*. It was error, it is submitted, for successive Crown witnesses to be permitted to testify that Ryan told them the same story, without the admissibility of these additional statements having been considered on a *voir dire*.

To appreciate the reason for the admission of the additional statements and their significance it is necessary to consider their place in the context of the trial and how it unfolded. It behoves appellate courts to remind themselves that a trial is a dynamic process. Particular events and rulings are best judged, not in isolation, but in connection to the events that precede and follow them. The reception of the additional statements in this case provides a classic illustration of the need to consider the dynamics of the trial.

Viewed in the abstract, the admission of out-of-court statements without a *voir dire* appears abnormal, if not erroneous. A different perspective emerges, however, when the statements are considered in the context of how the trial developed. At the outset of the trial, the trial judge ruled two out-of-court statements admissible. It then came to the attention of the defence that Ryan had given certain other statements containing a collateral contradiction. In two statements in the course of play therapy, Ryan had said that his father had been present when Shaun assaulted him. The defence requested another *voir dire*. It asked the trial judge to exclude all the statements, including the two that had been ruled admissible. The trial judge refused, but acceded to the defence's alternative request that all the statements pertaining to the presence or absence of the father at the incident be admitted. These statements, admitted at the insistence of the defence, were obviously not intended

2. L'admission de nombreuses déclarations extrajudiciaires

Deux motifs ont été invoqués pour contester l'admission des déclarations extrajudiciaires de Ryan. Le premier est l'absence de nécessité, que nous venons d'examiner. Le deuxième est le fait que des déclarations ont été admises sans jamais avoir fait l'objet d'un *voir-dire*. On a fait erreur, prétend-on, en permettant à des témoins à charge de venir dire que Ryan leur avait dit la même chose, sans que l'admissibilité de ces déclarations ait été examinée à l'occasion d'un *voir-dire*.

Pour bien comprendre la raison pour laquelle ces déclarations additionnelles ont été admises ainsi que leur importance, il est nécessaire d'examiner leur place dans le contexte du procès ainsi que le déroulement de celui-ci. Il incombe aux tribunaux d'appel de se rappeler qu'un procès est une procédure dynamique. La meilleure façon d'apprécier des événements et des décisions donnés consiste à les examiner non pas isolément mais en rapport avec les événements qui les ont précédés et avec ceux qui les ont suivis. La réception des déclarations additionnelles en l'espèce est une illustration classique du besoin de tenir compte du caractère dynamique du procès.

Considérée dans l'abstrait, l'admission des déclarations extrajudiciaires sans tenir de *voir-dire* paraît anormale, sinon erronée. Cependant, une image différente se dégage si on examine les déclarations dans le contexte du déroulement du procès. Au début du procès, le juge a statué que deux des déclarations extrajudiciaires étaient admissibles. La défense a alors appris que Ryan avait fait certaines autres déclarations renfermant une contradiction. Dans deux déclarations faites en cours de thérapie par le jeu, Ryan avait dit que son père était présent lorsque Shaun l'avait agressé. La défense a alors demandé la tenue d'un autre *voir-dire* et demandé au juge du procès d'écarter toutes les déclarations, y compris les deux qui avaient été jugées admissibles. Le juge a refusé, mais il a accueilli la demande subsidiaire de la défense et a admis toutes les déclarations concernant la présence ou l'absence du père au moment de l'incident. Ces déclarations, admises sur les instances de

30

31

32

to be used as evidence of the truth of their contents. Rather, they were admitted to provide a ground for arguing that Ryan had been inconsistent.

33 Once the issue of Ryan's consistency had been raised by admitting the statements referring to his father's presence, it became necessary in fairness and logic to admit all the statements Ryan had made which averted to the presence of his father and which did not avert to the presence of his father. The admission of these statements was required so that the jury could properly judge the degree of the inconsistency on that point and its effect on the credibility of Ryan. The trial judge's ruling on the second *voir dire* may be interpreted as doing this: "all the statements that were made to the various witnesses can go in in relation to the father being there or father not being there".

34 On this view, there was in fact a *voir dire* and a ruling on the admissibility of the subsequent statements. Had the defence not insisted on the admission of the two statements referring to the father's presence, the only statements that would have been admitted were the two ruled admissible at the first *voir dire*. The defence having requested the admission of these additional statements as evidence of inconsistency, it became necessary to admit all statements made on that issue. This is what the trial judge did. That all parties viewed this as what had occurred and as being fair is attested to by the fact no one objected to admission of the statements that were subsequently tendered.

35 Viewed in the perspective of the trial and the trial judge's ruling on the second *voir dire*, it is clear that the admission of the subsequent statements without separate *voir dire*s was not in error. The subsequent statements were not tendered for the truth of their contents, but on the issue of inconsistency.

la défense, n'avaient évidemment pas pour but de servir comme preuve de la véracité de leur contenu. Elles ont plutôt été admises comme fondement permettant de plaider que Ryan avait fait des déclarations contradictoires.

Une fois la question des déclarations contradictoires de Ryan soulevée par l'admission des déclarations relatives à la présence du père, il est ensuite devenu nécessaire, pour des raisons d'équité et de logique, d'admettre toutes les déclarations faites par Ryan — tant celles faisant état de la présence de son père que celles n'en faisant pas état — pour que le jury puisse adéquatement apprécier le degré d'incohérence des déclarations sur ce point et les effets de cette incohérence sur la crédibilité de Ryan. Il est possible de considérer que la décision suivante du juge du procès, à l'occasion du deuxième *voir-dire*, a permis cette appréciation: [TRADUCTION] «toutes les déclarations faites aux divers témoins sont admises pour ce qui est de la question de la présence ou non du père».

Dans cette optique, il y a en fait eu un *voir-dire* et une décision sur l'admissibilité des déclarations ultérieures. Si la défense n'avait pas insisté pour faire admettre les deux déclarations faisant état de la présence du père, les seules déclarations qui auraient été admises auraient été les deux jugées admissibles au premier *voir-dire*. Étant donné que la défense a demandé l'admission de ces déclarations additionnelles comme preuve d'incohérence, il est devenu nécessaire d'admettre toutes les déclarations faites sur cette question. C'est ce que le juge du procès a fait. Le fait que toutes les parties ont considéré que c'est ce qui s'est passé et que cette situation était équitable est attesté par le fait que personne ne s'est opposé à l'admission des déclarations qui ont été présentées subséquemment.

Lorsqu'on l'examine dans le contexte du procès et de la décision du juge du procès au second *voir-dire*, il est clair que l'admission des déclarations subséquentes sans tenue d'un *voir-dire* distinct n'a pas été une erreur. Les déclarations subséquentes n'ont pas été présentées comme preuve de la véracité de leur contenu, mais relativement à la question de l'incohérence.

3. *The Charge to the Jury*

The two statements ruled admissible at the first *voir dire*, one to his mother and the other to Dr. Sas, were admitted for the truth of their contents. The other statements were admitted on the issue of consistency. The trial judge, however, did not differentiate between the two classes of statements and the different uses to which the jury could put them.

He introduced his instruction on the out-of-court statements as follows:

In this case, as has been indicated by both counsel, this is rather an unusual case in that the child did not testify. In certain circumstances, the Crown is permitted to offer a child's evidence through the mouths of others. In most cases involving adults, particularly, a person is not allowed to say in court what he heard another person saying, because that is what you have all heard throughout this trial known as hearsay. However, as I have indicated in law now, under certain circumstances, as in this case, I have ruled that the Crown is permitted to adduce evidence through the mouths of other persons about what this child has said. When considering that evidence — the evidence of the lad — you must have certain considerations and I must caution you with respect to that type of evidence. [Emphasis added.]

In cautioning the jury about Ryan's statements, he said:

The repetition of the statements. I believe Linda Aitken indicated that the child was entirely consistent in his disclosure to her — you should take that into consideration. You must also, of course, take into consideration at one point, October of 1991, when his mother was walking with him in the park, he at one point said that his father was there and then later on, apparently again without any leading or anything else, he said that his father was not present at the time. [Emphasis added.]

The trial judge made several other references to the out-of-court statements in reviewing the evidence, including statements which had been tendered only

3. *L'exposé au jury*

Les deux déclarations jugées admissibles au premier *voir-dire* — l'une faite à la mère et l'autre au Dr Sas — ont été admises comme preuve de la véracité de leur contenu. Les autres déclarations ont été admises relativement à la question de la cohérence. Cependant, le juge du procès n'a fait aucune distinction entre les deux types de déclarations et les différentes utilisations que pouvait en faire le jury.

Voici comment il a commencé ses directives relativement aux déclarations extrajudiciaires:

[TRADUCTION] Comme l'ont indiqué les deux avocats, la présente affaire est plutôt exceptionnelle en ce que l'enfant n'a pas témoigné. Dans certaines circonstances, le ministère public est autorisé à présenter le témoignage d'un enfant par la voix d'autres personnes. Dans la plupart des cas mettant en cause des adultes, particulièrement, une personne n'est pas autorisée à venir raconter en cour ce qu'elle a entendu une autre personne dire, car il s'agit alors de ce qu'on appelle le *ouï-dire*, mot que vous avez entendu tout au long du procès. Cependant, comme je l'ai indiqué, en droit maintenant, dans certaines circonstances, comme en l'espèce, j'ai statué que le ministère public était autorisé à présenter de la preuve par la voix d'autres personnes au sujet de ce que l'enfant a dit. Lorsque vous examinerez cette preuve — la preuve du jeune garçon — vous devez tenir compte de certaines considérations et je dois vous mettre en garde relativement à ce type de preuve. [Je souligne.]

En mettant le jury en garde au sujet des déclarations de Ryan, le juge a dit ceci:

De la répétition des déclarations. Je crois que Linda Aitken a précisé que l'enfant avait été tout à fait cohérent dans les déclarations qu'il lui a faites — vous devriez tenir compte de ce fait. Vous devez également, bien entendu, tenir compte du fait qu'il a dit à sa mère, au cours d'une randonnée dans le parc en octobre 1991, que son père était présent au moment de l'incident et plus tard, apparemment sans question suggestive ou autre, il a dit que son père n'était pas présent. [Je souligne.]

Dans sa revue de la preuve, le juge du procès a mentionné à plusieurs autres reprises les déclarations extrajudiciaires, y compris les déclarations

on the issue of consistency. He suggested that the latter were relevant to credit:

You should take into consideration the manner in which the statements came forward. Are they credible? Is it a logical manner in which they came forward? The repetition of the statements. I believe Linda Aitken indicated that the child was entirely consistent in his disclosure to her — you should take that into consideration.

At no time did the trial judge tell the jury that these statements were not to be used as evidence of the truth of their contents, but only on the issue of whether they could rely on Ryan's contention that Shaun had assaulted him. At the same time, he told them the additional statements must be considered on the issue of Ryan's consistency and never suggested that the repetition of the statements could be viewed by the jury as making them more likely to be true. Neither the Crown nor the defence objected to the judge's charge.

38

It has long been accepted that trial judges charging juries on out-of-court statements must instruct them on how they may use the statements — whether as evidence of the truth of their contents or for some other purpose, such as credit. In this case the trial judge did not do this. It may be that it was apparent to everyone in the courtroom that the subsequent statements were tendered on the issue of consistency, as the majority of the Court of Appeal suggests. Nevertheless, the usual rule requires this to be stated expressly.

39

The Crown submits that the usual rule was inapplicable in this case. To tell the jury that some of the statements could be used for the truth of their contents and others only on the issue of credit would only have served to confuse them, the Crown submits. The instruction the defence now

qui n'avaient été présentées qu'à l'égard de la question de la cohérence. Il a suggéré que les dernières étaient pertinentes relativement à la crédibilité:

[TRADUCTION] Vous devriez tenir compte de la façon dont les déclarations ont été faites. Sont-elles crédibles? Ont-elles été faites d'une façon logique? De la répétition des déclarations. Je crois que Linda Aitken a précisé que l'enfant avait été tout à fait cohérent dans les déclarations qu'il lui a faites — vous devriez tenir compte de ce fait.

Le juge du procès n'a à aucun moment dit aux jurés que ces déclarations ne devaient pas être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu, mais uniquement pour déterminer s'ils pouvaient se fier à l'affirmation de Ryan que Shaun l'avait agressé. Cependant, le juge a dit aux jurés qu'ils devaient tenir compte des déclarations additionnelles relativement à la question de la cohérence des déclarations faites par Ryan, mais il n'a jamais laissé entendre que les jurés pouvaient considérer que la répétition des déclarations en rendait la véracité plus vraisemblable. Ni le ministère public ni la défense n'ont formulé d'objection à l'égard de l'exposé du juge au jury.

Il est accepté depuis longtemps que le juge du procès qui donne aux jurés des directives relativement à des déclarations extrajudiciaires doit leur indiquer à quelles fins ils peuvent utiliser ces déclarations — soit comme preuve de la véracité de leur contenu soit à quelque autre fin, par exemple l'appréciation de la crédibilité. En l'espèce, le juge du procès ne l'a pas fait. Il est possible qu'il ait été évident à tous ceux qui se trouvaient dans la salle d'audience que les déclarations ultérieures étaient présentées relativement à la question de la cohérence, comme le suggère la Cour d'appel à la majorité. Néanmoins, suivant la règle habituelle, cette directive doit être donnée expressément.

Le ministère public soutient que la règle habituelle était inapplicable en l'espèce. Selon le ministère public, dire au jury que certaines des déclarations pouvaient être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu et que d'autres ne pouvaient l'être que relativement à la question de

belatedly seeks that some of the statements could be considered for their truth while other statements similar in virtually every respect could not, would result in “analytical chaos”, the Crown suggests, and serve no purpose. The instruction has a place, the Crown submits, where the issue is whether the witness has fabricated or concocted evidence; in such a case it is useful and necessary to point out to the jury that out-of-court the witness said something different and to instruct them that the out-of-court statements can be considered only on the issue of whether the witness was speaking truthfully. But here, where the “witness” is, on the expert testimony, incapable of deliberate fabrication, and where all the statements are out-of-court statements, the traditional differentiation makes little sense. To put it another way, warning the jury about the different uses to which it may put in-court evidence on oath and out-of-court statements tendered only for credibility may make good sense where concoction is at issue and some statements are sworn and others not; it makes little or no sense where all the statements are out-of-court statements of equal value, admitted on the basis of their pre-determined reliability. In such cases, the Crown submits, the best course is to leave all of the statements to the jury for the truth of their contents.

It may be that in some future case this Court will be required to consider whether the traditional warnings regarding statements apply in all respects where all the statements are tendered on the basis of the principles enunciated in *R. v. Khan*. In this case, however, I find it unnecessary to decide this issue. Assuming that the failure of the trial judge to instruct the jury on the different purposes for which it could use the different statements constitutes error, I am satisfied that in the circumstances of the case at bar, no reasonable jury receiving the

la crédibilité n’aurait fait qu’embrouiller le jury. Le ministère public prétend que la directive que la défense sollicite maintenant tardivement, savoir que certaines des déclarations pourraient être admises comme preuve de la véracité de leur contenu, alors que d’autres, pratiquement semblables à tous égards, ne pourraient l’être, aboutirait à un «chaos analytique» et ne sert aucune fin utile. De l’avis du ministère public, une telle directive a un rôle à jouer lorsque la question est de savoir si le témoin a fabriqué ou inventé la preuve; dans un tel cas, il est utile et nécessaire d’indiquer aux jurés que le témoin a fait une déclaration extrajudiciaire différente, et de les informer qu’ils peuvent tenir compte de ces déclarations extrajudiciaires uniquement pour déterminer si le témoin disait la vérité. Cependant, en l’espèce, affaire où le «témoin» est, d’après le témoignage d’expert, incapable de fabrication délibérée, et où toutes les déclarations sont des déclarations extrajudiciaires, la distinction traditionnelle a peu d’intérêt. En d’autres mots, il est logique d’informer le jury des différentes utilisations qu’il peut faire d’un témoignage sous serment devant la cour et de déclarations extrajudiciaires présentées seulement à l’égard de la crédibilité lorsque la question en litige est de savoir s’il y a eu invention et que certaines déclarations ont été faites sous serment et d’autres ne l’ont pas été. Il n’y a que peu d’intérêt de le faire lorsque toutes les déclarations extrajudiciaires sont de valeur égale et qu’elles ont été admises sur le fondement de leur fiabilité déjà déterminée. Dans de tels cas, le ministère public soutient que la meilleure chose à faire est de soumettre au jury toutes les déclarations comme preuve de la véracité de leur contenu.

Il est possible que, dans de futurs pourvois, notre Cour soit appelée à se demander si les mises en garde traditionnelles concernant les déclarations s’appliquent intégralement dans les cas où toutes les déclarations sont présentées sur le fondement des principes formulés dans l’arrêt *R. c. Khan*. Cependant, en l’espèce, j’estime inutile de trancher cette question. À supposer que l’omission du juge du procès de donner au jury des directives sur les différentes fins auxquelles pouvaient servir les diverses déclarations constitue une erreur, je suis,

limiting instruction would have arrived at a different conclusion. The inconsistencies that the defence relied upon were repeatedly drawn to the attention of the jury. The jury was clearly told that it must consider the inconsistencies in deciding whether to accept Ryan's allegations. The additional statements objected to added no new information capable of strengthening the statements tendered for their truth. The objection to the charge reduces to the suggestion that the jury might have inferred from the subsequent consistent statements that the initial statements were more likely to be true. But this is precisely the inference which a jury is permitted to draw from evidence tendered on credit. In the result, I cannot see how the limiting instruction the defence now says should have been given could have led to acquittal.

dans les circonstances, convaincue qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu la directive restrictive, ne serait arrivé à une conclusion différente. Les incohérences invoquées par la défense ont à maintes reprises été portées à l'attention du jury. On a clairement dit au jury qu'il devait tenir compte des incohérences pour décider s'il y avait lieu d'accepter les allégations de Ryan. Les déclarations additionnelles qui ont fait l'objet d'une objection n'apportaient aucun élément nouveau susceptible de renforcer les déclarations présentées comme preuve de leur véracité. L'objection formulée à l'encontre de l'exposé se résume à dire que le jury a pu inférer des déclarations cohérentes subséquentes que la véracité des premières déclarations était plus vraisemblable. Toutefois, c'est précisément l'inférence que le jury peut tirer de la preuve présentée relativement à la crédibilité. En conséquence, je ne puis voir comment la directive restrictive qui, selon la défense, aurait dû être donnée, aurait pu donner lieu à un acquittement.

41

I add this. Any effect the absence of the direction might possibly have had pales to insignificance against the backdrop of the strength of the case against the appellant. With the exception of the two statements in play therapy briefly referring to the presence of his father, the child's statements to many individuals from two days after the alleged event to the date of trial, covering a period of two and one-half years, were entirely consistent. The medical examination proved beyond doubt the injury to the child. The child's marked behavioural changes amply supported the violent sexual nature of the assault as well as the child's assertion that it had been perpetrated by a male. No plausible explanation supporting a perpetrator other than the appellant was suggested. Indeed, the appellant's avoidance of the child's father and cancellation of a planned fishing trip after the injury to the child support the child's statement to his mother that the person who had done this to him was Shaun.

Je tiens à ajouter ceci. Tout effet qu'a pu avoir l'absence de directive est négligeable comparé à la force de la preuve contre l'appelant. À l'exception des deux déclarations faites à l'occasion de la thérapie par le jeu et dans lesquelles l'enfant a brièvement fait état de la présence de son père, les déclarations que l'enfant a faites à plusieurs personnes, sur une période de deux ans et demi — allant de deux jours après l'incident allégué jusqu'à la date du procès —, sont tout à fait cohérentes. L'examen médical a prouvé hors de tout doute les lésions subies par l'enfant. Les changements marqués de comportement observés chez l'enfant démontrent amplement le caractère sexuel violent de l'agression de même que l'allégation de l'enfant que l'auteur de cette agression était un homme. L'appelant est la seule personne qui a eu la possibilité de commettre cette agression. Aucune explication plausible étayant l'existence d'un agresseur différent de l'appelant n'a été présentée. En effet, le fait que, après l'agression contre l'enfant, l'appelant ait évité le père de l'enfant et qu'il ait annulé un voyage de pêche, appuient la déclaration que l'enfant a faite à sa mère et selon laquelle Shaun était la personne qui l'avait agressé.

I conclude that any error in the trial judge's instructions to the jury was inconsequential. No reasonable jury, properly instructed, would have entered a verdict of acquittal.

Conclusion

I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Cohen Highley Vogel & Dawson, London, Ontario.

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

Je conclus que les erreurs qu'a pu faire le juge du procès dans les directives au jury n'ont eu aucune conséquence. Aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait rendu un verdict d'acquittement.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Cohen Highley Vogel & Dawson, London, Ontario.

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

42

43

David John Cooper *Appellant*

v.

**Canadian Human Rights
Commission** *Respondent*

and

**Canadian Airlines International
Ltd.** *Respondent*

and between

Noel Edwin Bell *Appellant*

v.

**Canadian Human Rights
Commission** *Respondent*

and

**Canadian Airlines International
Ltd.** *Respondent*

**INDEXED AS: COOPER v. CANADA (HUMAN RIGHTS
COMMISSION)**

File Nos.: 24135, 24134.

1996: June 18; 1996: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Commissions and tribunals — Right to decide issues of law, including constitutional issues — Human Rights Commission considering allegation of discrimination based on age — Act providing that no age discrimination occurring if mandatory retirement set at industry standard — Investigator appointed by Commission recommending that complaint not proceed to tribunal — Whether provision excusing age discrimination contrary to equality provisions of s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether Commission implicitly empowered to

David John Cooper *Appelant*

c.

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Intimée*

et

**Lignes aériennes Canadien International
Ltée** *Intimée*

et entre

Noel Edwin Bell *Appelant*

c.

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Intimée*

et

**Lignes aériennes Canadien International
Ltée** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ: COOPER c. CANADA (COMMISSION DES
DROITS DE LA PERSONNE)**

N^{os} du greffe: 24135, 24134.

1996: 18 juin; 1996: 21 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Commissions et tribunaux administratifs — Droit de trancher des questions de droit, y compris des questions constitutionnelles — Allégation de discrimination fondée sur l'âge examinée par la Commission des droits de la personne — Loi disposant qu'il n'y a pas discrimination fondée sur l'âge si l'âge de la retraite obligatoire est établie suivant la norme en vigueur dans le secteur — Recommandation de l'enquêteur nommé par la Commission que la plainte ne soit pas déférée devant un tribunal — La disposition permettant la discrimination fondée sur l'âge est-elle

refer the matter to a tribunal and so in essence rule on constitutionality of the provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(c).

The appellants, who were being retired as airline pilots at age 60 pursuant to their collective agreement, alleged age discrimination, given that most employees in Canada are required to retire only at age 65. They filed complaints with the Canadian Human Rights Commission in April and July 1990 and an investigator was appointed. The employer submitted that no discrimination occurred in that the employment policy was a *bona fide* occupational requirement. The investigator recommended that the Commission dismiss the appellants' complaints. Section 15(c) of the *Canadian Human Rights Act* (the Act), which provided that no discrimination would occur if persons were retired at a normative industrially determined age, would effectively be struck by the Commission as being contrary to the *Charter* if it were to refer the matter to a tribunal for determination. The appellants applied for judicial review in the Federal Court Trial Division, seeking an order to quash the Commission's decision and to direct it to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a tribunal to inquire into their complaints. The motion was dismissed and that finding was upheld on appeal. The employer was granted party status after leave to appeal was granted. After hearing oral submissions from the parties, who were all of the view that the Commission had at least a limited jurisdiction to question the constitutionality of the Act, the Court appointed an *amicus curiae* to present the argument against such a jurisdiction. At issue was whether the Canadian Human Rights Commission or a tribunal appointed by it to investigate a complaint has power to determine the constitutionality of a provision of their enabling statute. In particular, could the Commission ignore s. 15(c) of the Act?

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

contraire aux dispositions sur l'égalité de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — La Commission a-t-elle le pouvoir implicite de déférer l'affaire à un tribunal et de se prononcer ainsi en substance sur la constitutionnalité de la disposition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15c).

Les appelants, qui devaient être mis à la retraite comme pilotes de ligne à l'âge de 60 ans conformément à leur convention collective, ont allégué la discrimination fondée sur l'âge, étant donné que la plupart des employés au Canada sont tenus de prendre leur retraite seulement à l'âge de 65 ans. Ils ont déposé des plaintes auprès de la Commission canadienne des droits de la personne en avril et en juillet 1990 et un enquêteur a été nommé. L'employeur a fait valoir qu'il n'y avait pas eu de discrimination parce que la politique d'emploi constituait une exigence professionnelle justifiée. L'enquêteur a recommandé que la Commission rejette les plaintes des appelants. L'alinéa 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), qui dispose qu'il n'y a pas de discrimination si la mise à la retraite intervient à un âge normal selon les normes en vigueur dans le secteur, serait dans les faits invalidé par la Commission comme contraire à la *Charte* si cette dernière soumettait l'affaire à l'examen d'un tribunal. Les appelants ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Commission et prescrivant à cette dernière de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal pour examiner leurs plaintes. La requête a été rejetée et cette décision a été confirmée en appel. L'employeur a obtenu qualité pour agir après que l'autorisation de pourvoi eut été accordée. Après audition des plaidoiries des parties, qui étaient toutes d'avis que la Commission disposait à tout le moins d'une compétence limitée pour examiner la constitutionnalité de la Loi, la Cour a nommé un *amicus curiae* pour faire valoir les arguments militant contre l'existence d'une telle compétence. Il s'agissait de savoir si la Commission canadienne des droits de la personne ou un tribunal constitué par elle pour enquêter sur une plainte ont le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d'une disposition de leur loi habilitante. En particulier, la Commission pouvait-elle ne pas tenir compte de l'al. 15c) de la Loi?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Les pourvois sont rejetés.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: The Canadian Human Rights Commission has no jurisdiction under the Act to subject the Act's provisions to constitutional scrutiny. The Commission is limited in its jurisdiction by the dictates of the Act. Similarly, a tribunal appointed at the request of the Commission is also without jurisdiction to determine the constitutional validity of a limiting provision of the Act.

No administrative tribunal has an independent source of jurisdiction pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. A court must, therefore, as a matter of statutory interpretation determine whether Parliament has granted the administrative tribunal through its enabling statute, either explicitly or implicitly, the power to determine questions of law. If so, the administrative tribunal by the operation of s. 52(1) must be able to address constitutional issues, including the constitutional validity of its enabling statute. There is no need to determine if either the Commission or a tribunal under the Act is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*.

In considering whether an administrative tribunal has the power to determine questions of law, various practical matters such as the composition and structure of the tribunal, the procedure before the tribunal, the appeal route from the tribunal, and the expertise of the tribunal can appropriately be taken into account. These practical considerations, in so far as they reflect the scheme of the enabling statute, provide an insight into the mandate given to the administrative tribunal by the legislature. At the same time there may be pragmatic and functional policy concerns that argue for or against the tribunal's having constitutional competence, though such concerns can never supplant the intention of the legislature.

The Act sets out a complete mechanism for dealing with human rights complaints. Central to this mechanism is the Commission. There is no provision in the Act which explicitly gives the Commission power to determine questions of law and nothing in the scheme of the Act implies that the Commission has this power. Looking at the Act as a whole, the role of the Commission is to deal with the intake of complaints and to screen them for proper disposition. The Commission is not an adjudicative body; that is the role of a tribunal appointed under the Act. The Commission's striking down s. 15(c) of the Act (which is what a referral to a tribunal would amount to) would be an assumption by the Commission of an adjudicative role for which it has

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci: La Loi ne donne pas à la Commission canadienne des droits de la personne compétence pour examiner la constitutionnalité de ses dispositions. La compétence de la Commission est circonscrite par les prescriptions de la Loi. De la même façon, un tribunal constitué à la demande de la Commission n'a pas non plus compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition limitative de la Loi.

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne constitue pas une source indépendante de compétence pour les tribunaux administratifs. La cour de justice doit donc, en faisant appel à l'interprétation des lois, se demander si, explicitement ou implicitement, le Parlement a inclus le pouvoir de trancher des questions de droit dans la loi habilitante du tribunal administratif. Dans l'affirmative, le tribunal peut, par application du par. 52(1), se prononcer sur des questions constitutionnelles, dont celle de la constitutionnalité de sa loi habilitante. Il n'est pas nécessaire de déterminer si la Commission ou un tribunal constitué en vertu de la Loi est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

Pour déterminer si un tribunal administratif a le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit, diverses questions pratiques comme la composition et la structure du tribunal, la procédure qui est suivie devant lui, les voies d'appel existant contre les décisions qu'il rend et son expertise peuvent à bon droit être prises en considération. Ces considérations d'ordre pratique, dans la mesure où elles font ressortir l'économie de la loi habilitante, renseignent sur le mandat que le législateur a confié au tribunal administratif. Des considérations d'ordre pratique et fonctionnel peuvent par ailleurs appuyer ou réfuter l'existence d'une compétence en matière constitutionnelle, quoique de telles considérations ne puissent jamais prendre le pas sur l'intention du législateur.

La Loi prévoit un processus complet de traitement des plaintes en matière de droits de la personne. La Commission est un rouage essentiel de ce processus. La Loi ne renferme aucune disposition conférant expressément à la Commission le pouvoir de statuer sur des questions de droit et rien non plus dans l'économie de la Loi ne permet d'inférer que la Commission dispose de ce pouvoir. Si l'on considère la Loi dans son ensemble, le rôle de la Commission consiste à recevoir les plaintes et à en faire un examen préalable afin qu'elles soient traitées comme il convient. La Commission n'est pas un organisme décisionnel; cette fonction est remplie par les tribunaux constitués en vertu de la Loi. Si la Commission invalidait l'al. 15(c) de la Loi (ce qu'elle ferait si elle

no mandate. Administrative bodies and tribunals are creatures of statute; the will of the legislature as it appears in that statute must be respected. The role of the Commission as an administrative and screening body, with no appreciable adjudicative role, is a clear indication that Parliament did not intend the Commission to have the power to consider questions of law.

Sections 27, 40 and 41 of the Act do no more than enable the Commission to interpret and apply its enabling statute. It does not follow that it then has a jurisdiction to address general questions of law. Every administrative body, to one degree or another, must have the power to interpret and apply its own enabling statute. Determining jurisdiction over a given complaint through reference to the provisions of the Act is conceptually different from its subjecting the same provisions to *Charter* scrutiny. The former represents an application of Parliament's intent as reflected in the Act while the latter involves ignoring that intent.

The practical advantages in having the Commission consider the constitutionality of its own statute are limited. First, since the Commission is not an adjudicative body it cannot be considered a proper forum in which to address fundamental constitutional issues. Allowing the parties to raise such issues would of necessity require a more involved and lengthy process that would interfere with the Commission's screening process. Second, the Commission has no special expertise with respect to questions of law. Having the complainant seek a declaration of constitutional invalidity in either the Federal Court or a provincial superior court would be more efficient, both to the parties and to the system in general, given that any ruling of the Commission on the constitutional validity of a provision of the Act would be the subject of judicial review proceedings. In such a setting, the question can be debated in the fullness it requires in such a setting and the proper expertise can be brought to bear on its resolution.

Given the limited jurisdiction of the Commission it logically follows that a tribunal appointed under the Act must also lack the jurisdiction to declare unconstitutional a limited provision of the Act. It could not have

déferait la plainte à un tribunal), elle exercerait en fait une fonction décisionnelle pour laquelle elle n'a reçu aucun mandat. Les organismes et tribunaux administratifs sont créés par la loi; il importe de respecter la volonté que le législateur a exprimée dans le texte de loi. Les fonctions d'administration et d'examen préalable qui sont dévolues à la Commission et l'absence de rôle décisionnel important indiquent manifestement que le législateur n'avait pas l'intention de conférer à cet organisme le pouvoir d'examiner des questions de droit.

Les articles 27, 40 et 41 de la Loi ne font qu'habiliter la Commission à interpréter et à appliquer sa loi habilitante. Il ne s'ensuit donc pas qu'elle soit habilitée à se prononcer sur des questions de droit générales. Les organismes administratifs doivent tous, à des degrés variables, disposer du pouvoir d'interpréter et d'appliquer leur loi habilitante. Déterminer la question de la compétence sur une plainte donnée en se reportant aux dispositions de la Loi procède d'une démarche conceptuellement différente de celle qui consiste à examiner les dispositions de cette loi sous l'angle de la *Charte*. La première démarche constitue l'application de l'intention du législateur telle qu'elle ressort de la Loi, tandis que la seconde revient à ne pas tenir compte de cette intention.

Les avantages pratiques qui pourraient découler du pouvoir de la Commission d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante sont limités. Premièrement, n'étant pas un organisme décisionnel, la Commission ne peut être considérée comme un forum approprié pour l'examen de questions constitutionnelles fondamentales. Permettre aux parties de soulever des questions de cette nature suppose nécessairement un processus plus complexe et plus long qui entraverait le processus d'examen préalable de la Commission. Deuxièmement, la Commission n'a pas d'expertise particulière en ce qui a trait aux questions de droit. Il serait plus efficace, pour les parties et pour le système en général, que le plaignant demande à la Cour fédérale ou à une cour supérieure provinciale de rendre un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité, étant donné que toute décision de la Commission sur la validité constitutionnelle d'une disposition de la Loi ferait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Dans un tel cadre, la question peut être examinée comme il convient et sa solution peut bénéficier de l'expertise nécessaire.

Vu la compétence limitée de la Commission, il en découle logiquement qu'un tribunal constitué en vertu de la Loi est également dépourvu de la compétence pour déclarer inconstitutionnelle une disposition limitative de

been the intent of Parliament to grant a tribunal a jurisdiction that could never be exercised.

Sections 50(1) and 53(2) of the Act empower a tribunal appointed under the Act to inquire into a complaint referred by the Commission. This is primarily and essentially a fact-finding inquiry. In the course of such an inquiry a tribunal has the jurisdiction to consider questions of law, including questions of statutory interpretation and constitutional questions. Where a tribunal does make legal findings it is not entitled to deference by a reviewing court.

Per Lamer C.J.: Judicial review, while necessary to preserve important constitutional values, is inherently controversial in a democracy like Canada because it confers on unelected officials the power to question decisions arrived at through the democratic process. As a matter of constitutional principle that power must accordingly be reserved to the courts and should not be given over to bodies that are mere creatures of the legislature, whose members are usually vulnerable to removal with every change of government, and whose decisions in some circumstances are made within the parameters of guidelines established by the executive branch of government. The previous judgments of this Court may have misunderstood and distorted the web of institutional relationships between the legislature, the executive and the judiciary by giving administrative tribunals access to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The application of this section should be reserved to the courts because the task of declaring invalid legislation enacted by a democratically elected legislature is within the exclusive domain of the judiciary. (The role of administrative tribunals in relation to s. 24(1) was not addressed.)

The premise relied on by the other members of the Court — that the intent to confer a power to interpret general law on tribunals implies an intent to confer on tribunals a power to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* — is suspect. Firstly, this inference is artificial. Many, if not most of the tribunals which have been set up by Parliament and the provincial legislatures were created before the enactment of the *Charter* in 1982. Granting the power to tribunals to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* could not have possibly been within the con-

la Loi. Le législateur ne peut avoir eu l'intention de conférer aux tribunaux constitués en vertu de la Loi une compétence qu'ils ne pourraient jamais exercer.

Les paragraphes 50(1) et 53(2) de la Loi confèrent au tribunal constitué en vertu de ses dispositions le pouvoir d'examiner l'objet de la plainte qui lui est déferée par la Commission. Il s'agit d'abord et avant tout d'une enquête portant sur l'appréciation des faits. Au cours d'une telle enquête, un tribunal a compétence pour examiner des questions de droit, dont des questions relevant de l'interprétation des lois et des questions constitutionnelles. Lorsqu'il formule des conclusions juridiques, le tribunal n'a pas droit à l'application de la règle de la retenue judiciaire par la cour de justice siégeant en appel.

Le juge en chef Lamer: Bien que le contrôle judiciaire soit nécessaire pour préserver les valeurs constitutionnelles importantes, il prête en soi à la controverse dans une démocratie comme le Canada, parce qu'il confère à des représentants non élus le pouvoir de contester des décisions auxquelles on est arrivé grâce au processus démocratique. Comme principe constitutionnel, ce pouvoir doit en conséquence être réservé aux cours de justice et ne devrait pas être accordé à des organismes qui sont de simples créatures du législateur, dont les membres sont habituellement susceptibles d'être démis de leurs fonctions à chaque changement de gouvernement et dont les décisions dans certains cas sont rendues dans le cadre de lignes directrices établies par le pouvoir exécutif du gouvernement. Dans ses arrêts antérieurs, notre Cour a peut-être mal compris et dénaturé le réseau de liens institutionnels entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire en donnant aux tribunaux administratifs l'accès à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'application de cet article devrait être réservée aux cours de justice parce que la tâche de déclarer non valide une loi adoptée par une législature élue démocratiquement relève exclusivement du judiciaire. (La question du rôle des tribunaux administratifs en rapport avec le par. 24(1) n'a pas été abordée.)

La prémisse sur laquelle s'appuient les autres membres de la Cour — à savoir que l'intention de conférer aux tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter des questions de droit en général implique l'intention de leur conférer le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte* — est douteuse. Premièrement, une telle déduction est artificielle. Un grand nombre, sinon la plupart, des tribunaux administratifs institués par le législateur fédéral et les législateurs provinciaux ont été créés avant l'adoption de la *Charte* en 1982. Les législateurs canadiens

templation of Canada's legislatures. Secondly, this inference is profoundly illogical. A legislature could only intend to confer on a tribunal the power to judge the constitutionality of that tribunal's enabling legislation if the legislature had knowingly passed a constitutionally suspect law; otherwise, the conferral of the power would be unnecessary. A legislature would not knowingly pass constitutionally suspect legislation. The presumption of constitutionality suggests that legislatures assume the constitutionality of their enactments. In any event, if the legislature did know that a piece of legislation was constitutionally suspect, and nonetheless enacted it into law, it is not readily apparent why the legislature would also confer on the tribunal to which the legislature assigns the responsibility of giving effect to the legislation the power to hold various provisions of the legislation inoperative.

First principles of the Constitution must be revisited in order to comprehend properly the relationship between s. 52 and administrative tribunals.

Douglas College, Cuddy Chicks and *Tétreault-Gadoury* offend the constitutional principle of separation of powers which is one of the defining features of the Canadian Constitution. Although the separation of powers under the Canadian Constitution is not strict, Canadian constitutional law recognizes some notion of the separation of powers. The existence of courts flows from the separation of powers as is evidenced from the jurisprudence on s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and from the case law interpreting the preamble of the *Constitution Act, 1867* which states that Canada is to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

The constitutional status of the judiciary, flowing as it does from the separation of powers, requires that certain functions be exclusively exercised by judicial bodies. The judiciary, while it does not have an interpretive monopoly over questions of law, must nevertheless have exclusive jurisdiction over challenges to the validity of legislation under the Constitution of Canada, and particularly the *Charter*. Only courts have the requisite independence to be entrusted with the constitutional scrutiny of legislation when that scrutiny leads a court to declare invalid an enactment of the legislature. Mere creatures of the legislature, whose very existence can be terminated at the stroke of a legislative pen, whose members

n'auraient pas pu envisager de conférer à ces tribunaux le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte*. Deuxièmement, cette déduction est vraiment illogique. Le législateur ne pourrait avoir l'intention de conférer à un tribunal administratif le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante que s'il avait adopté sciemment une loi douteuse sur le plan constitutionnel; sinon, l'octroi du pouvoir ne serait pas nécessaire. Le législateur n'adopterait pas sciemment une loi douteuse sur le plan constitutionnel. La présomption de constitutionnalité semble indiquer que le législateur tient pour acquis que les lois qu'il adopte sont constitutionnelles. Quoi qu'il en soit, si le législateur savait qu'une loi était douteuse sur le plan constitutionnel, mais qu'il l'a néanmoins adoptée, on ne voit pas facilement pourquoi il conférerait également au tribunal auquel il attribue la responsabilité de lui donner effet le pouvoir de conclure au caractère inopérant de diverses dispositions de cette loi.

Il faut retourner aux principes premiers de la Constitution pour bien comprendre le lien entre l'art. 52 et les tribunaux administratifs.

Les arrêts *Douglas College, Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury* sont contraires au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs qui est l'une des caractéristiques fondamentales de la Constitution canadienne. Bien que la séparation des pouvoirs en vertu de la Constitution canadienne ne soit pas absolue, le droit constitutionnel canadien reconnaît une certaine notion de séparation des pouvoirs. L'existence des cours de justice découle de la séparation des pouvoirs tel qu'il appert de la jurisprudence concernant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'interprétation jurisprudentielle du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui établit que le Canada doit avoir une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

Le statut constitutionnel du judiciaire, qui résulte de la séparation des pouvoirs, exige que certaines fonctions soient exercées exclusivement par des organismes judiciaires. Quoique le judiciaire ne détienne pas le monopole de l'interprétation des questions de droit, il doit néanmoins avoir une compétence exclusive en matière de contestations de la validité des lois en vertu de la Constitution du Canada, et notamment en vertu de la *Charte*. Seules les cours de justice jouissent de l'indépendance requise pour qu'on se fie à leur examen constitutionnel des lois lorsque cet examen amène une cour de justice à déclarer non valide un texte adopté par le législateur. De simples créatures du législateur, dont

usually serve at the pleasure of the government of the day and whose decisions in some circumstances are properly governed by guidelines established by the executive branch of government, are not suited to this task. Security of tenure, financial security, and independence with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of the courts' judicial function define judicial independence. In the context of *Charter* adjudication, these features help to insulate the courts from interference, *inter alia*, by elected legislatures, and thus ensure that courts can safeguard the supremacy of *Charter* rights through the vehicle of s. 52.

The case law relies on a distinction between refusals to apply legislation and declarations of invalidity in order to claim that tribunals are not encroaching upon the judicial role. Many tribunals, however, operate according to an informal doctrine of precedent. The *de facto* equivalence between refusals to apply legislation and declarations of invalidity decisively demonstrates that tribunals, when they refuse to apply their enabling legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, are improperly exercising the role of the courts. This Court's decisions authorizing tribunals to overstep their constitutional role are, accordingly, in serious need of revision. And for the same reasons, tribunals cannot be expressly given the power to consider the constitutionality of their enabling legislation.

This conclusion does not detract from the power of the Commission to determine whether complaints fall within federal jurisdiction according to the division of powers. An important conceptual difference exists between the Commission's interpreting its enabling legislation in light of the division of powers, and the Commission's questioning the validity of that legislation in light of the *Charter*. When it performs the former role, the Commission is merely determining whether it has jurisdiction over a matter, because the clear intent of Parliament was that the Commission should only operate within the confines of federal jurisdiction. As well, these comments should not be construed as detracting from the general duty to interpret statutes in light of *Charter* values.

Douglas College, Cuddy Chicks and *Tétreault-Gadoury* also offend a second defining feature of the

l'existence même peut prendre fin d'un trait de plume de sa part, dont les membres sont habituellement en fonction selon le bon plaisir du gouvernement au pouvoir, et dont les décisions dans certains cas sont à juste titre régies par des lignes directrices établies par la branche exécutive du gouvernement, ne conviennent pas pour cette tâche. L'indépendance des tribunaux se caractérise par l'immovibilité, la sécurité financière et l'indépendance relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Dans le contexte d'une décision rendue en vertu de la *Charte*, ces caractéristiques aident à mettre les cours de justice à l'abri de l'ingérence, entre autres, des législatures élues et leur permettent de sauvegarder la suprématie des droits garantis par la *Charte* au moyen de l'art. 52.

La jurisprudence s'appuie sur une distinction entre le refus d'appliquer la loi et la déclaration d'invalidité pour affirmer que les tribunaux administratifs n'empiètent pas sur le rôle du judiciaire. Beaucoup de tribunaux administratifs, toutefois, fonctionnent suivant une doctrine informelle du précédent. L'équivalence de fait entre le refus d'appliquer la loi et la déclaration d'invalidité montre de façon décisive que les tribunaux administratifs, lorsqu'ils refusent d'appliquer leur loi habilitante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, exercent sans droit le rôle des cours de justice. Les arrêts de notre Cour qui autorisent les tribunaux administratifs à outrepasser leur rôle constitutionnel ont par conséquent grandement besoin d'être révisés. Et pour les mêmes motifs, les tribunaux administratifs ne peuvent pas se voir conférer expressément le pouvoir d'examiner la constitutionnalité de leur loi habilitante.

Cette conclusion ne diminue pas le pouvoir de la Commission de déterminer si les plaignants sont visés par la compétence du gouvernement fédéral selon le partage des pouvoirs. Il existe une différence conceptuelle importante entre l'interprétation par la Commission de sa loi habilitante à la lumière du partage des pouvoirs et la mise en doute par la Commission de la validité de cette loi à la lumière de la *Charte*. Lorsqu'elle exerce le premier rôle, la Commission détermine simplement si elle a le pouvoir de statuer sur une question, parce que l'intention claire du législateur était qu'elle agisse seulement dans les limites des pouvoirs du gouvernement fédéral. En outre, ces remarques ne devraient être interprétées comme visant à diminuer l'obligation générale d'interpréter les lois à la lumière des valeurs exprimées dans la *Charte*.

Les arrêts *Douglas College, Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury* vont également à l'encontre d'une

Canadian Constitution, its commitment to Parliamentary democracy. The *Constitution Act, 1867* incorporated those aspects of Parliamentary democracy that have taken legal form. One of those aspects is the legal relationship between the executive and the legislature. The role of the executive is to effectuate legislative intent. The justification for this hierarchical relationship, in present-day Canada, is a respect for democracy because legislatures are representative institutions accountable to the electorate. The assumption by administrative tribunals of jurisdiction over the *Charter*, however, inverts this hierarchical relationship. Instead of putting the intent of the legislature into effect, the case law of this Court enables tribunals to challenge the decisions of the democratically elected legislature. A tribunal has, in these circumstances, unconstitutionally usurped power which it did not have. The framers of the *Charter* did not intend to alter so fundamentally the nature of the relationship between the executive and the legislature.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): Every tribunal charged with the duty of deciding issues of law has the concomitant power to decide those issues. The fact that the question of law concerns the effect of the *Charter* does not change the matter.

Two related principles of general application apply. First, all decision-making tribunals, whether courts or administrative tribunals, are bound to apply the law, including the *Charter*. Second, a tribunal's ruling that a law is inconsistent with the *Charter* is nothing more than a case of applying the law.

Douglas College, Tétreault-Gadoury and *Cuddy Chicks* stand for two related propositions. First, an administrative tribunal which has the power to decide questions of law has the power to decide the validity of particular laws under the *Charter*. Second, an administrative tribunal provided that it is discharging a function assigned to it by its legislation may, in the course of doing so, consider and decide *Charter* issues. As a corollary, the cases affirm a third proposition: no express term is required for the tribunal to apply the *Charter*.

The power of the Commission to consider legal questions, while not expressly stated, may be inferred from the Act. Many of its duties could not be accomplished

deuxième caractéristique fondamentale de la Constitution canadienne, soit son engagement à l'égard de la démocratie parlementaire. La *Loi constitutionnelle de 1867* a incorporé les aspects de la démocratie parlementaire qui ont revêtu une forme juridique. L'un de ces aspects est le rapport juridique entre l'exécutif et le législatif. Le rôle de l'exécutif consiste à réaliser l'intention du législateur. C'est le respect de la démocratie qui justifie ce rapport hiérarchique dans le Canada actuel, car les législatures sont des institutions représentatives qui doivent répondre de leurs actions devant l'électorat. La prise en charge par les tribunaux administratifs du pouvoir de statuer sur les questions relatives à la *Charte* inverse toutefois ce rapport hiérarchique. Au lieu de réaliser l'intention du législateur, la jurisprudence de notre Cour permet aux tribunaux administratifs de contester les décisions prises par une législature élue démocratiquement. Un tribunal administratif a, dans ces circonstances, usurpé inconstitutionnellement un pouvoir qu'il n'avait pas. Les rédacteurs de la *Charte* n'avaient pas l'intention de modifier aussi fondamentalement la nature du rapport entre l'exécutif et le législatif.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): Tout tribunal appelé à trancher des questions de droit dispose des pouvoirs afférents à cette tâche. Le fait que la question de droit porte sur les effets de la *Charte* ne change rien.

Deux principes connexes d'application générale s'appliquent. Premièrement, les organismes décisionnels, qu'il s'agisse de tribunaux judiciaires ou administratifs, sont tenus d'appliquer la loi, y compris la *Charte*. Deuxièmement, la décision d'un tribunal selon laquelle une règle de droit contrevient à la *Charte* n'est rien d'autre que l'application de la loi.

Les arrêts *Douglas College, Tétreault-Gadoury* et *Cuddy Chicks* établissent deux principes connexes. Premièrement, un tribunal administratif qui dispose du pouvoir de statuer sur des questions de droit est habilité à se prononcer sur la validité de dispositions législatives particulières au regard de la *Charte*. Deuxièmement, dans la mesure où il exerce une fonction qui lui a été dévolue par sa loi habilitante, un tribunal administratif peut examiner et trancher des questions relatives à la *Charte*. En corollaire, ces arrêts énoncent un troisième principe, savoir qu'il n'est pas nécessaire que ce pouvoir lui soit conféré en termes explicites pour que le tribunal puisse appliquer la *Charte*.

Le pouvoir de la Commission d'examiner des questions de droit n'est pas prévu expressément dans la Loi, mais il peut s'inférer de ses termes. Un grand nombre de

without the power to consider issues of law generally and the effect of the *Charter* on human rights law more particularly. Parliament did not intend that the Commission, which was required to interpret the law for the purposes of Part I of the Act (Proscribed Discrimination), should be forbidden from making legal interpretation in discharging its Part III (Discriminatory Practices and General Provisions) duties. The Commission accordingly has the power to interpret the law in determining whether to refer a complaint to a tribunal or dismiss it. The Act confers the same power to consider and decide issues of law on the tribunals appointed to investigate and decide particular complaints.

A tribunal may consider the *Charter* in carrying out the mandate conferred upon it by Parliament or the legislature. Several provisions of the Act support the conclusion that not only is the Commission empowered to consider questions of law but also that it is obliged to do so. This obligation extends to permitting boards and tribunals appointed under human rights legislation to hold that provisions of the law are invalid. Often this has been assumed without challenge. The Commission functions as gatekeeper to the tribunal process and accordingly cannot be barred from considering questions of law which the tribunal is permitted to consider for the Commission must first consider that question.

The Commission accordingly has the power to consider the issue of whether the *Charter* renders invalid the “normal age of retirement” defence. Given that the Commission’s only duty is to screen the complaint, it need not decide the question finally but only determine whether it has a reasonable chance of success. In the context of its duties under the Act, the Commission has the expertise to carry out its duty in this regard. The Commission should refer the matter to a tribunal which can hear full representations on the matter and make its decision accordingly if it decides that the complaint has a reasonable chance of success. The tribunal’s decision on the issue of law may in turn be reviewed by the review tribunal. The review tribunal’s decision in turn may be filed as a decision of the Federal Court, from which appeal lies to the Federal Court of Appeal.

The argument that *McKinney v. University of Guelph* (which held a provision setting mandatory retirement at age 65 to be contrary to s. 15 of the *Charter* but saved

ses obligations ne pourraient être exécutées sans le pouvoir d’examiner des questions de droit en général et, plus particulièrement, celui d’examiner les effets de la *Charte* sur les dispositions législatives en matière de droits de la personne. Le législateur n’a pas voulu que la Commission, à qui il incombe d’interpréter la loi pour les fins de la partie I de la Loi (Motifs de distinction illicite), s’acquitte des fonctions qui lui sont conférées par la partie III (Actes discriminatoires et dispositions générales) sans exercer de pouvoir d’interprétation. La Commission jouit par conséquent d’un pouvoir d’interprétation pour déterminer s’il y a lieu de rejeter une plainte ou de la déferer à un tribunal. Aux termes de la Loi, le tribunal constitué pour examiner une plainte et en décider dispose lui aussi du pouvoir de prendre en considération et de trancher des questions de droit.

Un tribunal peut examiner la *Charte* dans l’exécution du mandat que lui confère le législateur. Diverses dispositions de la Loi étayent la conclusion non seulement que la Commission canadienne des droits de la personne est habilitée à examiner des questions de droit mais également qu’elle doit le faire. Cette obligation englobe la possibilité pour les organismes et les tribunaux constitués en vertu de lois sur les droits de la personne de conclure à l’invalidité de dispositions législatives. Cette possibilité a souvent été présumée sans contestation. La Commission est la gardienne du processus du tribunal et elle ne peut donc pas être empêchée d’examiner des questions de droit que le tribunal peut examiner puisqu’elle doit d’abord les étudier.

La Commission a par conséquent le pouvoir d’examiner la question de savoir si la *Charte* invalide le moyen de défense fondé sur «l’âge de la retraite en vigueur». Comme sa fonction ne consiste qu’à effectuer un examen préalable de la plainte, la Commission n’a pas à rendre de décision définitive; elle doit seulement déterminer s’il existe une possibilité raisonnable que la plainte soit accueillie. Dans le contexte des fonctions que lui attribue la Loi, la Commission a l’expertise nécessaire à cet égard. Si elle conclut à l’existence de cette possibilité, elle doit alors déferer la question à un tribunal, qui tient une audience complète et rend sa décision en conséquence. La décision du tribunal sur la question de droit est susceptible de révision par un tribunal d’appel. La décision du tribunal d’appel peut, à son tour, être déposée au greffe de la Cour fédérale comme décision de cette cour et faire l’objet d’un appel devant la Cour d’appel fédérale.

L’argument selon lequel l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph* (où on a jugé qu’une disposition établissant à 65 ans l’âge de la retraite obligatoire contrevenait

under s. 1) was based on the conclusion of the Court that age 65 was the "normal" age of retirement for the occupation at issue and that, similarly, a statute providing for retirement at the normal age for the occupation in question must also be saved under s. 1, oversimplifies the process envisaged under s. 1 of the *Charte*. Section 1 is about much more than what is usual or "normal". The usual practice may be unjustifiable, having regard to the egregiousness of the infringement or the insubstantiality of the objective alleged to support it. Each case must be looked at on its own circumstances.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; **referred to:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Syndicat des employés de production du Québec et de L'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *Public Service Alliance of Canada v. Qu'Appelle Indian Residential Council* (1986), 7 C.H.R.R. D/3600; *Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

By Lamer C.J.

Disapproved: *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; **referred to:** *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *R. v.*

à l'art. 15 de la *Charte*, mais était justifiée par l'article premier) reposait sur la conclusion de la Cour selon laquelle 65 ans constituait l'âge de la retraite «en vigueur» pour l'emploi en cause et qu'il s'ensuivait qu'une disposition législative prévoyant la mise à la retraite à l'âge en vigueur pour l'emploi visé devait également être justifiée aux termes de l'article premier, procède d'une simplification à outrance du processus que suppose l'article premier de la *Charte*. L'article premier fait intervenir beaucoup plus qu'un usage habituel ou «en vigueur». Il se peut qu'un usage habituel soit injustifiable en raison de l'énormité de la violation ou du peu d'importance des objectifs qu'il est censé poursuivre. Il faut examiner chaque affaire en fonction de ses propres circonstances.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts appliqués: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; **arrêts mentionnés:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *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; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Public Service Alliance of Canada c. Qu'Appelle Indian Residential Council* (1986), 7 C.H.R.R. D/3600; *Nealy c. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts critiqués: *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Canada (Procureur général) c. Mossop*,

Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606; *Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319.

By McLachlin J. (dissenting)

Re Rosen, [1987] 3 F.C. 238; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d), 15, 24(1), (2).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 15(a), (c), 26, 27(1)(e), (f), (g), (2), 40, 41(c), 43 [subs. (2) rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 63], 44(1), (2), (3)(a), (b) [rep. & sub. *ibid.*, s. 64], 47(1), 49 [subs. (1) rep. & sub. *ibid.*, s. 66], 50, 50(1), (3), 53(1), (2)(c), 55, 56(2), (3).
Constitution Act, 1867, ss. 96, 97, 98, 99, 100.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 4], 18.1 [ad. *ibid.*, s. 5], 57 [rep. & sub. *ibid.*, s. 19].
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212.
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Authors Cited

Anisman, Philip. "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles*,

[1993] 1 R.C.S. 554; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Re Rosen, [1987] 3 C.F. 238; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d), 15, 24(1), (2).
Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9a).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, ch. 212.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 15a), c), 26, 27(1)e), f), g), (2), 40, 41c), 43 [par. (2), abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 63], 44(1), (2), (3)a), b) [abr. & rempl., *ibid.*, art. 64], 47(1), 49 [abr. & rempl., *ibid.*, art. 66], 50, 50(1), (3), 53(1), (2)c), 55, 56(2), (3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96, 97, 98, 99, 100.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 4], 18.1 [aj. *ibid.*, art. 5], 57 [abr. & rempl. *ibid.*, art. 19].
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228.

Doctrine citée

Anisman, Philip. «Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles*,

Practice and Pluralism. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Evans, J. M. "Administrative Tribunals and Charter Challenges" (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 13.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Kuttner, Thomas. "Courts, Labour Tribunals and the Charter" (1990), 39 *U.N.B. L.J.* 85.

Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1995 (loose-leaf).

McAllister, Debra M. "Administrative Tribunals and the Charter: A Tale of Form Conquering Substance". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Priest, Margot. "Charter Procedure in Administrative Cases: The Tribunal's Perspective" (1994), 7 *C.J.A.L.P.* 151.

Roman, Andrew J. "Tribunals Deciding Charter of Rights Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury" (1992), 1 *Admin. L.R.* (2d) 243.

Taman, Larry. "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments". In Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers, eds., *Administrative Tribunals and the Charter*. Toronto: Carswell, 1990.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (1994), 22 C.H.R.R. D/90, 167 N.R. 17, 25 *Admin. L.R.* (2d) 275, dismissing appeals from judgments of the Trial Division (1992), 22 C.H.R.R. D/87, 54 F.T.R. 96, dismissing applications for judicial review. Appeals dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

David John Cooper, appearing on his own behalf.

Noel Edwin Bell, appearing on his own behalf.

René Duval and *William F. Pentney*, for the respondent Canadian Human Rights Commission.

Rhys Davies and *Jennifer Duprey*, for the respondent Canadian Airlines International Ltd.

Andrew Raven and *David Yazbeck*, for the *Amicus Curiae*.

Practice and Pluralism. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Evans, J. M. «Administrative Tribunals and Charter Challenges» (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 13.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Kuttner, Thomas. «Courts, Labour Tribunals and the Charter» (1990), 39 *R.D. U.N.-B.* 85.

Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1995 (loose-leaf).

McAllister, Debra M. «Administrative Tribunals and the Charter: A Tale of Form Conquering Substance». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Priest, Margot. «Charter Procedure in Administrative Cases: The Tribunal's Perspective» (1994), 7 *C.J.A.L.P.* 151.

Roman, Andrew J. «Tribunals Deciding Charter of Rights Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury» (1992), 1 *Admin. L.R.* (2d) 243.

Taman, Larry. «Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments». In Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers, eds., *Administrative Tribunals and the Charter*. Toronto: Carswell, 1990.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1994), 22 C.H.R.R. D/90, 167 N.R. 17, 25 *Admin. L.R.* (2d) 275, qui a rejeté les appels contre les jugements de la Section de première instance (1992), 22 C.H.R.R. D/87, 54 F.T.R. 96, qui avait rejeté des demandes de contrôle judiciaire. Pourvois rejetés, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

David John Cooper, en personne.

Noel Edwin Bell, en personne.

René Duval et *William F. Pentney*, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

Rhys Davies et *Jennifer Duprey*, pour l'intimé Lignes aériennes Canadien International Ltée.

Andrew Raven et *David Yazbeck*, pour l'*amicus curiae*.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

Introduction

¹ These appeals are the latest in a series of decisions from this Court which have examined the ability of administrative tribunals to determine the constitutionality of their enabling legislation. Although my colleagues disagree on the outcome of these appeals, they nevertheless agree on the governing legal proposition: that tribunals which have jurisdiction over the general law, have jurisdiction to refuse to apply — and hence effectively to render inoperative — laws that they find to be unconstitutional, since through the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the Constitution is the supreme law of Canada. I agree with them that this proposition emerges from previous decisions of this Court and that it binds us today. However, I hope that a full bench of this Court will eventually be afforded the opportunity to revisit this proposition.

² Although there are pragmatic reasons for reconsidering that proposition, my concerns mainly emerge from a consideration of some of the fundamental features of the Canadian constitutional order. Canada is a Parliamentary democracy, and is hence based on the belief that those who exercise public power should be held accountable to the electorate. Legislation is the ultimate embodiment of that public power, because it reflects the measured and considered judgment of the legislature itself on a matter of public policy. In Canada, the decisions of our democratic institutions are subject to judicial review, which allows courts to strike down the enactments of those legislatures when those enactments contradict constitutional norms. Although judicial review is necessary to preserve important constitutional values, in a democracy like Canada it is inherently controversial, because it confers on unelected officials the power to question decisions which are arrived at through the democratic process. For this reason, in my view, as a matter of constitutional principle that power must be reserved to the courts and

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF —

Introduction

Les présents pourvois sont les derniers d'une série d'arrêts rendus par notre Cour, dans lesquels elle a examiné le pouvoir des tribunaux administratifs de se prononcer sur la constitutionnalité de leur loi habilitante. Bien que mes collègues ne soient pas d'accord sur l'issue des présents pourvois, ils s'entendent néanmoins sur la proposition de droit principale: les tribunaux qui ont le pouvoir de statuer sur des questions de droit en général ont le pouvoir de refuser d'appliquer — et par conséquent de rendre inopérantes — les lois qu'ils jugent inconstitutionnelles, puisque, selon l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution est la loi suprême du Canada. Je suis d'accord avec eux pour dire que cette proposition découle d'arrêts antérieurs de notre Cour et qu'elle nous lie maintenant. Cependant, j'espère qu'une formation plénière de notre Cour aura éventuellement la possibilité de réexaminer cette proposition.

Quoique des raisons pratiques justifient le réexamen de cette proposition, je m'attacherai surtout à examiner certaines des caractéristiques fondamentales de l'ordre constitutionnel canadien. Le Canada est une démocratie parlementaire et est donc fondé sur la conviction que ceux qui exercent le pouvoir public devraient en répondre devant l'électorat. La loi est le symbole ultime de ce pouvoir public, car elle reflète le jugement mesuré et réfléchi du législateur lui-même sur une question d'ordre public. Au Canada, les décisions de nos institutions démocratiques sont soumises au contrôle judiciaire, qui permet aux cours de justice d'annuler les textes adoptés par ces législateurs lorsque ces textes contreviennent aux normes constitutionnelles. Bien que le contrôle judiciaire soit nécessaire pour préserver les valeurs constitutionnelles importantes, dans une démocratie comme le Canada il prêle en soi à la controverse, parce qu'il confère à des représentants non élus le pouvoir de contester des décisions auxquelles on est arrivé grâce au processus démocratique. Pour ce motif, il me semble que, comme principe consti-

should not be given over to bodies that are mere creatures of the legislature, whose members are usually vulnerable to removal with every change of government, and whose decisions in some circumstances are made within the parameters of guidelines established by the executive branch of government.

I fear that in seeking to give the fullest possible effect to the *Charter's* promise of rights-protection, the previous judgments of this Court may have misunderstood and distorted the web of institutional relationships between the legislature, the executive and the judiciary which continue to form the backbone of our constitutional system, even in the post-*Charter* era. This distortion has been achieved by giving administrative tribunals access to s. 52. But in my opinion, s. 52 can only be used by the courts of this country, because the task of declaring invalid legislation enacted by a democratically elected legislature is within the exclusive domain of the judiciary. I should make it very clear at the outset of my reasons that I am not addressing the role of administrative tribunals in relation to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I am cognizant that this conclusion not only stands against the established jurisprudence of this Court, but also that I concurred in two of those earlier decisions, *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. However, I want to make it very clear why I took the position I did, and why I wish to reconsider that position today.

The central principles governing the relationship between s. 52 and administrative tribunals were laid down by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. The primacy of *Douglas College* was empha-

tionnel, ce pouvoir doit être réservé aux cours de justice et ne devrait pas être accordé à des organismes qui sont de simples créatures du législateur, dont les membres sont habituellement susceptibles d'être démis de leurs fonctions à chaque changement de gouvernement et dont les décisions dans certains cas sont rendues dans le cadre de lignes directrices établies par le pouvoir exécutif du gouvernement.

Je crains que, en cherchant à donner effet le plus possible à la promesse de la *Charte canadienne des droits et libertés* de protéger les droits, notre Cour ait peut-être mal compris et dénaturé, dans ses arrêts antérieurs, le réseau de liens institutionnels entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire qui continuent de former la base de notre système constitutionnel, même depuis l'adoption de la *Charte*. Cette dénaturation découle du fait d'avoir donné aux tribunaux administratifs l'accès à l'art. 52. Mais, à mon avis, seules les cours de justice du pays peuvent recourir à cet article, parce que la tâche de déclarer non valide une loi adoptée par une législature élue démocratiquement relève exclusivement du judiciaire. Je tiens à préciser très clairement dès le début de mes motifs que je ne traite pas du rôle des tribunaux administratifs en rapport avec le par. 24(1) de la *Charte*.

Je suis conscient non seulement que cette conclusion va à l'encontre de la jurisprudence établie de notre Cour, mais également que j'ai donné mon appui dans deux de ces arrêts antérieurs, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Toutefois, je veux indiquer très clairement la raison pour laquelle j'ai adopté ce point de vue ainsi que celle pour laquelle je veux reconsidérer la question maintenant.

Les principaux principes qui régissent le rapport existant entre l'art. 52 et les tribunaux administratifs ont été énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. La primauté de

3

4

5

sized by the Court in *Cuddy Chicks*, where Justice La Forest stated, at p. 13, that *Douglas College*:

... articulated the basic principle that an administrative tribunal which has been conferred the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid. [Emphasis added.]

I did not participate in this Court's decision in *Douglas College*. When the time came to consider the application of *Douglas College* in *Cuddy Chicks* and *Tétreault-Gadoury*, I felt bound by that earlier decision, as was proper. Likewise, in the case at bar, I am too of the opinion that La Forest J. is correct in his interpretation and application of *Douglas College*. However, I have always believed, and continue to believe that those judgments are at odds with some of the fundamental principles of the Canadian constitution. I speak out today because this Court has had the benefit of six years of experience to consider the implications of those judgments and to reflect upon the rationale underlying them. In my opinion, that experience strongly suggests that the time has come for this Court to revisit the issue.

The Issue in this Case

6

I approach this conceptual problem by reference to the practical question which my colleagues address in this case — did Parliament intend to confer on the Canadian Human Rights Commission, and on tribunals which adjudicate upon the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, the power to decide general questions of law? Justices La Forest and McLachlin agree that the bodies in question have not been expressly granted this power. Where they disagree is whether those bodies have the implied jurisdiction to consider the general law. La Forest J. relies on the non-adjudicatory nature of the Commission to deny it jurisdiction over the general law, and hence over the *Charter*. He infers as a matter of logic that tribunals appointed by the Commission cannot consider *Charter* challenges to the *Canadian Human Rights Act*, because *Charter* challenges will not get past the Commission. As well, he fails to find in the provisions of the Act the basis for implying a

Douglas College a été soulignée par la Cour dans *Cuddy Chicks*, où le juge La Forest a dit, à la p. 13, que l'arrêt *Douglas College*:

... a énoncé le principe fondamental selon lequel le tribunal administratif à qui l'on a conféré le pouvoir d'interpréter la loi a aussi le pouvoir concomitant de déterminer si la loi est constitutionnelle. [Je souligne.]

Je n'ai pas pris part à la décision de notre Cour dans *Douglas College*. Au moment d'examiner l'application de l'arrêt *Douglas College* dans les arrêts *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*, je me suis senti, comme il se devait, lié par cet arrêt antérieur. De plus, en l'espèce, je suis également d'avis que le juge La Forest a raison quant à l'interprétation qu'il donne et à l'application qu'il fait de *Douglas College*. Toutefois, j'ai toujours cru et je continue de croire que ces arrêts sont en désaccord avec certains des principes fondamentaux de la Constitution canadienne. Je fais valoir mon point de vue maintenant parce que notre Cour a pu disposer de six années pour examiner les conséquences de ces arrêts et réfléchir sur le raisonnement qui les sous-tend. À mon avis, cette expérience indique nettement que le temps est venu pour notre Cour de réexaminer la question.

La question en litige dans le présent pourvoi

J'aborde ce problème conceptuel en me reportant à la question pratique que mes collègues évoquent dans le présent pourvoi — le législateur avait-il l'intention de conférer à la Commission canadienne des droits de la personne, et aux tribunaux qui se prononcent sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, le pouvoir de trancher des questions de droit générales? Les juges La Forest et McLachlin sont d'accord pour dire que ce pouvoir n'a pas été octroyé expressément aux organismes en question. Cependant, ils ne partagent pas la même opinion quand il s'agit de déterminer si ces organismes ont le pouvoir implicite d'examiner des questions de droit en général. Le juge La Forest invoque la nature non décisionnelle de la Commission pour ne pas lui reconnaître le pouvoir de statuer sur les questions de droit en général, et donc sur la *Charte*. Il en déduit logiquement que les tribunaux constitués par la Commission ne peuvent pas examiner de

legislative intent that tribunals have jurisdiction over the general law. McLachlin J., by contrast, focuses on specific provisions in the Act which govern the Commission and tribunals, to infer the intent by Parliament that these bodies can consider the general law, and hence *Charter* challenges to their enabling legislation.

But in my respectful opinion, this exercise is deeply flawed because the premise upon which my colleagues rely — that the intent to confer on tribunals a power to interpret general law in turn implies an intent to confer on tribunals a power to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* — is suspect. I say that for two reasons. One is that such an inference is artificial. Many, if not most of the tribunals which have been set up by Parliament and the provincial legislatures were created before the enactment of the *Charter* in 1982. Granting the power to tribunals to refuse systemically to apply laws which violate the *Charter* could not have possibly been within the contemplation of Canada's legislatures. As Andrew J. Roman has written in his article, "Tribunals Deciding *Charter of Rights* Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — *Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury*" (1992), 1 Admin. L.R. (2d) 243, at p. 254:

An inquiry of this sort is likely to be an after-the-fact rationalization for almost every tribunal, since most were created well before the passage of the *Charter*. How could the legislature have had *any* intention with respect to the *Charter*? Clearly, any such ex post finding of a "legislative intention" is speculative and fictitious. [Emphasis in original.]

contestations fondées sur la *Charte* de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, parce que de telles contestations n'iront pas plus loin que la Commission. En outre, il ne trouve rien dans les dispositions de la Loi qui permette de déduire que le législateur avait l'intention d'accorder à ces tribunaux le pouvoir de statuer sur les questions de droit en général. Par contre, le juge McLachlin s'appuie sur des dispositions précises de la Loi qui régissent la Commission et ses tribunaux, pour inférer l'intention du législateur que ces organismes puissent examiner les questions de droit en général, et donc les contestations de leur loi habilitante fondées sur la *Charte*.

Mais en toute déférence, cet exercice souffre d'un grave défaut, car la prémisse sur laquelle s'appuient mes collègues — à savoir que l'intention de conférer aux tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter des questions de droit en général implique à son tour l'intention de leur conférer le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte* — est douteuse. Et j'affirme cela, pour deux raisons. Premièrement, une telle déduction est artificielle. Un grand nombre, sinon la plupart, des tribunaux administratifs institués par le législateur fédéral et les législateurs provinciaux ont été créés avant l'adoption de la *Charte* en 1982. Les législateurs canadiens n'auraient pas pu envisager de conférer à ces tribunaux le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte*. Comme le mentionne Andrew J. Roman dans son article intitulé «Tribunals Deciding *Charter of Rights* Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — *Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury*» (1992), 1 Admin. L.R. (2d) 243, à la p. 254:

[TRADUCTION] Une enquête de ce genre risque d'être une rationalisation après coup dans le cas de presque chacun des tribunaux administratifs, car la plupart d'entre eux ont été créés bien avant l'adoption de la *Charte*. Comment le législateur aurait-il pu avoir *une quelconque* intention en ce qui concerne la *Charte*? Manifestement, une telle conclusion a posteriori quant à l'existence d'une «intention du législateur» n'est que conjecture et supposition. [En italique dans l'original.]

(Also see Debra M. McAllister, “Administrative Tribunals and the *Charter*: A Tale of Form Conquering Substance”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, at p. 150; Margot Priest, “*Charter* Procedure in Administrative Cases: The Tribunal’s Perspective” (1994), 7 *C.J.A.L.P.* 151, at p. 154.)

(Voir également Debra M. McAllister, «Administrative Tribunals and the *Charter*: A Tale of Form Conquering Substance», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, à la p. 150; Margot Priest, «*Charter* Procedure in Administrative Cases: The Tribunal’s Perspective» (1994), 7 *C.J.A.L.P.* 151, à la p. 154.)

8 Moreover, inferring the power to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* from the power to interpret and apply the general law strikes me as profoundly illogical. A legislature could only intend to confer on a tribunal the power to judge the constitutionality of that tribunal’s enabling legislation if the legislature had knowingly passed a constitutionally suspect law; otherwise, the conferral of the power would be unnecessary. But it is very hard to imagine a situation in which a legislature would know that it was passing constitutionally suspect legislation. If anything, the presumption of constitutionality seems to suggest that legislatures assume the constitutionality of their enactments. In any event, if the legislature did know that a piece of legislation was constitutionally suspect, and nonetheless enacted it into law, it is not readily apparent why the legislature would also confer on the tribunal to which the legislature assigns the responsibility of giving effect to that legislation the power to hold various provisions of the legislation inoperative. Surely, a legislature intent on passing a constitutionally suspect law would not plant within that law the seeds of its own demise.

De plus, déduire le pouvoir de refuser systématiquement d’appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte* du pouvoir d’interpréter et d’appliquer la loi en général me semble vraiment illogique. Le législateur ne pourrait avoir l’intention de conférer à un tribunal administratif le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante que s’il avait adopté sciemment une loi douteuse sur le plan constitutionnel; sinon, l’octroi du pouvoir ne serait pas nécessaire. Mais il est très difficile d’imaginer un cas où le législateur saurait qu’il est en train d’adopter une loi douteuse sur le plan constitutionnel. La présomption de constitutionnalité semble plutôt indiquer que le législateur tient pour acquis que les lois qu’il adopte sont constitutionnelles. Quoiqu’il en soit, si le législateur savait qu’une loi était douteuse sur le plan constitutionnel, mais qu’il l’a néanmoins adoptée, on ne voit pas facilement pourquoi il conférerait également au tribunal auquel il attribue la responsabilité de lui donner effet le pouvoir de conclure au caractère inopérant de diverses dispositions de cette loi. Le législateur qui déciderait d’adopter une loi douteuse sur le plan constitutionnel ne sèmerait certainement pas dans cette loi les germes mêmes de sa mort.

9 The suspect nature of the inference that jurisdiction over the general law in turn leads to jurisdiction over the *Charter* requires us to return to the first principles of the Constitution, in order to comprehend properly the relationship between s. 52 and administrative tribunals. I will discuss two of these principles here. These are the separation of powers and Parliamentary democracy.

Le caractère douteux de la déduction selon laquelle le pouvoir de statuer sur les questions de droit en général conduit à son tour au pouvoir de statuer sur la *Charte* nous oblige à retourner aux premiers principes de la Constitution, afin de bien comprendre le lien entre l’art. 52 et les tribunaux administratifs. J’examinerai ici deux de ces principes. Il s’agit de la séparation des pouvoirs et de la démocratie parlementaire.

The Separation of Powers

One of the defining features of the Canadian Constitution, in my opinion, is the separation of powers. This point was made by Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70, where he explained that:

There is in Canada a separation of powers among the three branches of government — the legislature, the executive and the judiciary. In broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy.

(Also see *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 620.) I am well aware that this Court has held that the separation of powers under the Canadian Constitution is not strict, in that judicial functions, including the interpretation of law, may be vested in non-judicial bodies such as tribunals, and that conversely the judiciary may be vested with non-judicial functions: *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728; *Douglas College*, *supra*, at p. 601. Indeed, the rise of the administrative state has been marked by the creation of institutions other than the courts on whom the legislature has conferred the power to interpret law, a function who had hitherto been performed by the judiciary.

However, the absence of a strict separation of powers does not mean that Canadian constitutional law does not recognize and sustain some notion of the separation of powers. This is most evident in this Court's jurisprudence on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Although the wording of this provision suggests that it is solely concerned with the appointment of judges, through judicial interpretation — an important element of which has been the recognition that s. 96 must be read along with ss. 97-100 as part of an integrated whole — s. 96 has come to guarantee the core jurisdiction of the superior courts against legislative encroachment. As

La séparation des pouvoirs

L'une des caractéristiques fondamentales de la Constitution canadienne est, à mon avis, la séparation des pouvoirs. Le juge en chef Dickson a exposé ce point dans *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 469 et 470, où il a expliqué:

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement — le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.

(Voir également *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 620.) Je suis bien conscient que notre Cour a conclu que la séparation des pouvoirs en vertu de la Constitution canadienne n'est pas absolue, en ce sens que des fonctions judiciaires, dont l'interprétation de la loi, peuvent être conférées à des organismes non judiciaires tels que des tribunaux administratifs, et que réciproquement le judiciaire peut se voir conférer des fonctions non judiciaires: *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 728; *Douglas College*, précité, à la p. 601. En effet, la montée de l'État administratif a été marquée par la création d'institutions autres que les cours de justice, auxquelles le législateur a conféré le pouvoir d'interpréter la loi, fonction qui jusqu'ici avait été exercée par le judiciaire.

Cependant, l'absence d'une séparation absolue des pouvoirs ne signifie pas que le droit constitutionnel canadien ne reconnaît ni n'appuie une certaine notion de séparation des pouvoirs. Cela ressort très clairement de la jurisprudence de notre Cour concernant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que l'on puisse déduire du libellé de cette disposition qu'elle a trait uniquement à la nomination de juges, elle en est venue, par le biais de l'interprétation judiciaire — dont l'un des éléments importants a été la reconnaissance du fait que l'art. 96 doit s'interpréter en tenant compte des art. 97 à 100 comme constituant

I recently noted in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at p. 753:

Governance by rule of law requires a judicial system that can ensure its orders are enforced and its process respected. [Emphasis added.]

As this passage makes clear, the existence of courts is definitional to the Canadian understanding of constitutionalism. Thus, although some commentators had suggested that s. 96 was concerned as much with the division of powers as with safeguarding the role of the courts, because it was intended to prevent the provinces from undermining a unitary judicial system (e.g., J. M. Evans, “Administrative Tribunals and Charter Challenges” (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 13), the fact that s. 96 binds Parliament as well as the provincial legislatures (*MacMillan Bloedel*, *supra*, at p. 737) demonstrates that the central concern of the provision is with the preservation of the judicial role. Similarly, s. 96 has also been relied on to constitutionalize judicial review of administrative decision-makers. The Court has applied s. 96 to strike down legislation which sought to grant the power to make final decisions on questions of jurisdiction to an appeal tribunal: *Crevier v. Attorney General of Québec*, [1981] 2 S.C.R. 220.

un ensemble intégré —, à protéger la compétence fondamentale des cours supérieures contre l’empiétement du législatif. Ainsi que je l’ai fait remarquer dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, à la p. 753:

Pour assurer le maintien de la primauté du droit à l’intérieur du système de gestion publique, il doit exister un système judiciaire qui peut garantir l’exécution de ses ordonnances ainsi que le respect de sa procédure. [Je souligne.]

Comme le précise ce passage, l’existence des cours de justice est un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada. Ainsi, bien que, selon certains commentateurs, l’art. 96 concerne autant le partage des pouvoirs que la sauvegarde du rôle des cours de justice, parce qu’il vise à empêcher que les provinces minent un système judiciaire unitaire (par ex. J. M. Evans, «Administrative Tribunals and Charter Challenges» (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 13), le fait que l’art. 96 lie le législateur fédéral ainsi que les législateurs provinciaux (*MacMillan Bloedel*, précité, à la p. 737) montre que la disposition vise principalement à préserver le rôle du judiciaire. De même, on s’est également fondé sur l’art. 96 pour constitutionnaliser le contrôle judiciaire de ceux qui prennent des décisions de nature administrative. La Cour a appliqué l’art. 96 pour annuler une loi qui tentait de conférer à un tribunal administratif d’appel le pouvoir de rendre des décisions définitives sur des questions de compétence: *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.

12

The constitutional foundations of the role of the judiciary, however, are not only found in ss. 96-100. As this Court recognized in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, judicial independence was incorporated into the Canadian constitution through the operation of the preamble of the *Constitution Act, 1867*. That preamble states that Canada is to have “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”. As Dickson C.J. said for the Court in *Beauregard*, at p. 72:

Since judicial independence has been for centuries an important principle of the Constitution of the United

Toutefois, les fondements constitutionnels du rôle du judiciaire ne se trouvent pas seulement aux art. 96 à 100. Comme notre Cour l’a reconnu dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, l’indépendance judiciaire a été incorporée dans la Constitution canadienne au moyen du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce préambule établit que le Canada doit avoir une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Ainsi que l’a dit le juge en chef Dickson au nom de la Cour dans *Beauregard*, à la p. 72:

Étant donné que l’indépendance judiciaire est depuis des siècles un principe important de la Constitution du

Kingdom, it is fair to infer that it was transferred to Canada by the constitutional language of the preamble.

Although the comments of the Court in *Beauregard* were addressed to the issue of judicial independence, it is clear that a constitutional commitment to judicial independence must entail a more fundamental constitutional commitment to the existence of a judiciary.

The constitutional status of the judiciary, flowing as it does from the separation of powers, requires that certain functions be exclusively exercised by judicial bodies. Although the judiciary certainly does not have an interpretive monopoly over questions of law, in my opinion, it must have exclusive jurisdiction over challenges to the validity of legislation under the Constitution of Canada, and particularly the *Charter*. The reason is that only courts have the requisite independence to be entrusted with the constitutional scrutiny of legislation when that scrutiny leads a court to declare invalid an enactment of the legislature. Mere creatures of the legislature, whose very existence can be terminated at the stroke of a legislative pen, whose members, while the tribunal is in existence, usually serve at the pleasure of the government of the day, and whose decisions in some circumstances are properly governed by guidelines established by the executive branch of government, are not suited to this task. I must stress again, however, that questions of this sort relate to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*; I do not address s. 24(1) of the *Charter*.

This Court has previously given texture to the meaning of judicial independence in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, in the context of the interpretation of s. 11(d) of the *Charter*. That provision guarantees to “[a]ny person charged with an offence” the right:

Royaume-Uni, on peut à juste titre déduire que ce principe a été transféré au Canada par le texte constitutionnel du préambule.

Bien que les observations de la Cour dans *Beauregard* se rapportent à la question de l’indépendance judiciaire, il est évident qu’un engagement constitutionnel à l’égard de l’indépendance judiciaire doit comporter un engagement constitutionnel plus fondamental à l’égard de l’existence d’un pouvoir judiciaire.

Le statut constitutionnel du judiciaire, qui résulte de la séparation des pouvoirs, exige que certaines fonctions soient exercées exclusivement par des organismes judiciaires. Quoique le judiciaire ne détienne pas le monopole de l’interprétation des questions de droit, à mon avis, il doit avoir une compétence exclusive en matière de contestations de la validité des lois en vertu de la Constitution du Canada, et notamment en vertu de la *Charte*. La raison en est que seules les cours de justice jouissent de l’indépendance requise pour qu’on se fie à leur examen constitutionnel des lois lorsque cet examen amène une cour de justice à déclarer non valide un texte adopté par le législateur. De simples créatures du législateur, dont l’existence même peut prendre fin d’un trait de plume de sa part, dont les membres, pendant l’existence du tribunal, sont habituellement en fonction selon le bon plaisir du gouvernement au pouvoir, et dont les décisions dans certains cas sont à juste titre régies par des lignes directrices établies par la branche exécutive du gouvernement, ne conviennent pas pour cette tâche. Cependant, je dois signaler de nouveau que les questions de ce genre se rapportent à l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; je ne traiterai pas du par. 24(1) de la *Charte*.

Notre Cour a déjà donné une certaine consistance à la notion d’indépendance judiciaire dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, dans le contexte de l’interprétation de l’al. 11d) de la *Charte*. Cette disposition garantit à «[t]out inculpé» le droit:

11. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. . . .

By its terms, s. 11(d) only relates to judges who adjudicate upon criminal matters. However, I am of the opinion that the definition given there by the Court to judicial independence indicates the features of courts which make them well-suited to adjudication on the *Charter*.

11. . . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

Selon ses termes mêmes, l'al. 11d) concerne seulement les juges qui se prononcent sur des affaires criminelles. Toutefois, je suis d'avis que la définition de l'indépendance judiciaire que la Cour y a donnée indique les caractéristiques qui rendent les cours de justice aptes à se prononcer sur les questions relatives à la *Charte*.

15

The Court (*per* Le Dain J.) identified three features of courts which made them independent — security of tenure, financial security, and independence “with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its [i.e., the courts'] judicial function” (*Valente, supra*, at p. 708). In the context of *Charter* adjudication, these features help to insulate the courts from interference, *inter alia*, by elected legislatures, and thus ensure that the courts can safeguard the supremacy of *Charter* rights through the vehicle of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Conversely, the absence of these features in tribunals makes them unsuited to measuring legislative provisions against the requirements of the *Charter* and to overturning the will of the democratically elected representatives of the Canadian people.

La Cour (le juge Le Dain) a relevé trois caractéristiques qui rendent les cours de justice indépendantes — l'immovibilité, la sécurité financière et l'indépendance «relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de [leurs] fonctions judiciaires» (*Valente, précité*, à la p. 708). Dans le contexte d'une décision rendue en vertu de la *Charte*, ces caractéristiques aident à mettre les cours de justice à l'abri de l'ingérence, entre autres, des législatures élues et leur permettent de sauvegarder la suprématie des droits garantis par la *Charte* au moyen de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Inversement, l'absence de ces caractéristiques en ce qui concerne les tribunaux administratifs les rend inaptes à comparer les dispositions législatives aux exigences de la *Charte* et à renverser la volonté des représentants du peuple canadien élus démocratiquement.

16

The link between the protection of constitutional rights and an independent judiciary has been recognized by a number of commentators. Professor Thomas Kuttner, in “Courts, Labour Tribunals and the Charter” (1990), 39 *U.N.B. L.J.* 85, has written at p. 95 that “the logic of entrenched rights and freedoms” requires an independent judiciary. Similarly, Professor Hogg has described the importance of an independent judiciary to the protection of individual freedoms in these terms (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 168):

Le lien existant entre la protection des droits constitutionnels et un pouvoir judiciaire indépendant a été reconnu par un certain nombre de commentateurs. Dans un article intitulé «Courts, Labour Tribunals and the Charter» (1990), 39 *R.D. U.N.-B.* 85, le professeur Thomas Kuttner a écrit, à la p. 95, que [TRADUCTION] «la logique des droits et libertés constitutionnalisés» exige un pouvoir judiciaire indépendant. De même, le professeur Hogg a décrit en ces mots l'importance d'avoir un pouvoir judiciaire indépendant en ce qui concerne la protection des libertés individuelles (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 168):

The independence of the judge from the other branches of government is especially significant, because it pro-

[TRADUCTION] L'indépendance des juges par rapport aux autres branches de gouvernement est tout particulière-

vides an assurance that the state will be subjected to the rule of law. If the state could count on the courts to ratify all legislative and executive actions, even if unauthorized by law, the individual would have no protection against tyranny. [Emphasis added.]

Dickson C.J. arrived at the same conclusion in *Beauregard*, when he discussed the intimate relationship between judicial independence and the *Charter*. Although, as I noted above, he located one of the constitutional foundations of judicial independence in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, he also said at p. 71 that judicial independence “is derived from many sources”. One of these sources is the *Charter* (at p. 72):

... the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ... conferred on the courts another truly crucial role: the defense of basic individual liberties and human rights against intrusions by all levels and branches of government. Once again, in order to play this deeply constitutional role, judicial independence is essential.

The centrality of courts to determinations of constitutional validity suggests that no other bodies should exercise this function. Indeed, this Court openly acknowledged in *Cuddy Chicks* that a tribunal could not make a declaration of invalidity, because it was not a court: *Cuddy Chicks*, *supra*, at p. 17. Thus, even in that decision, there was a recognition of the fundamental constitutional difference between courts and tribunals. However, despite the Court’s awareness of this difference, the Court in that case rejected the view that when a tribunal refuses to apply its enabling legislation for the purposes of the proceeding before it, it effectively makes a declaration of invalidity: *Cuddy Chicks*, at p. 17; also see *Douglas College*, *supra*, at p. 599. However, the distinction between declarations of invalidity and refusals to apply is hard to sustain. The distinction relies on the assumption

ment importante, parce qu’elle fournit l’assurance que l’État sera assujéti au principe de la primauté du droit. Si l’État pouvait compter sur les cours de justice pour ratifier toutes ses actions législatives et exécutives, même si elles ne sont pas autorisées par la loi, l’individu ne serait nullement protégé contre la tyrannie. [Je souligne.]

Le juge en chef Dickson est arrivé à la même conclusion dans *Beauregard*, lorsqu’il a examiné le lien étroit qui existe entre l’indépendance judiciaire et la *Charte*. Bien que, comme je l’ai fait remarquer ci-dessus, il ait trouvé l’un des fondements constitutionnels de l’indépendance judiciaire dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a également dit, à la p. 71, que l’indépendance judiciaire «découle de plusieurs sources». L’une de ces sources est la *Charte* (à la p. 72):

... l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] a conféré aux tribunaux un autre rôle vraiment important: la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne contre les ingérences de tout palier et organe de gouvernement. Encore une fois, l’indépendance judiciaire est essentielle pour jouer ce rôle profondément constitutionnel.

Le fait que les cours de justice se situent au cœur des décisions traitant de constitutionnalité semble indiquer qu’aucun autre organisme ne devrait exercer cette fonction. En fait, notre Cour a reconnu ouvertement dans *Cuddy Chicks* qu’un tribunal administratif ne pouvait pas prononcer une déclaration d’invalidité, parce que ce n’était pas une cour de justice: *Cuddy Chicks*, précité, à la p. 17. Ainsi, même dans cet arrêt, on a reconnu qu’il existe une différence constitutionnelle fondamentale entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Cependant, tout en étant consciente de cette différence, la Cour a, dans cette affaire, rejeté l’opinion selon laquelle, lorsqu’un tribunal administratif refuse d’appliquer sa loi habilitante aux fins de la cause dont il est saisi, il prononce effectivement une déclaration d’invalidité: *Cuddy Chicks*, à la p. 17; voir également *Douglas College*, précité, à la p. 599. Toutefois, la distinction entre la déclaration d’invalidité et le refus d’appliquer la loi n’est pas facile à soutenir. Elle repose sur l’hypothèse que les décisions d’un tribunal ne lient pas

that decisions of one tribunal do not bind another tribunal operating under the same statutory regime.

un autre tribunal soumis au même régime législatif.

18 However, a number of authors have recognized that many tribunals operate according to an informal doctrine of precedent: Philip Anisman, "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, at pp. 113-14; Larry Taman, "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments", in Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers, eds., *Administrative Tribunals and the Charter* (1990), at p. 11; Roman, *supra*, at p. 252. The reality of administrative justice is best put by Robert W. Macaulay and James L. H. Sprague, in *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (1995), at p. 23-28:

... there is a widely held view amongst many competent and experienced agencies in Canada, that although one panel of an agency is not bound by the decision of any other panel of the same agency, nevertheless every agency ought to be consistent in its decisions, and where it departs from some previous decision of the same agency, that it ought to give its reasons in writing for so doing.

Toutefois, des auteurs ont reconnu que beaucoup de tribunaux administratifs fonctionnent suivant une doctrine informelle du précédent: Philip Anisman, «Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, aux pp. 113 et 114; Larry Taman, «Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments», dans Neil R. Finkelstein et Brian MacLeod Rogers, dir., *Administrative Tribunals and the Charter* (1990), à la p. 11; Roman, *loc. cit.*, à la p. 252. La réalité de la justice administrative est très bien exposée par Robert W. Macaulay et James L. H. Sprague dans *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (1995), à la p. 23-28:

[TRADUCTION] ... il y a une opinion largement répandue parmi beaucoup d'offices compétents et expérimentés au Canada, selon laquelle, même si un comité constitué par un office n'est pas lié par la décision d'un autre comité constitué par le même office, chaque office devrait néanmoins être cohérent dans ses décisions et, lorsqu'il s'écarte d'une décision antérieure du même office, il devrait exposer par écrit les motifs qui l'ont incité à agir ainsi.

19 The *de facto* equivalence between refusals to apply and declarations of invalidity decisively demonstrates that tribunals, when they refuse to apply their enabling legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, are improperly exercising the role of the courts. As a result, the decisions of this Court which authorize tribunals to overstep their constitutional role, in my opinion, are in serious need of revision. Furthermore, although the case at bar concerns the implied power to decide *Charter* questions, I would even go so far as to say that tribunals cannot be expressly given the power to consider the constitutionality of their enabling legislation, for the same reasons.

L'équivalence de fait entre le refus d'appliquer la loi et la déclaration d'invalidité montre de façon décisive que les tribunaux administratifs, lorsqu'ils refusent d'appliquer leur loi habilitante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, exercent sans droit le rôle des cours de justice. Par conséquent, les arrêts de notre Cour qui autorisent les tribunaux administratifs à outrepasser leur rôle constitutionnel ont grandement besoin, à mon avis, d'être révisés. De plus, bien que le présent pourvoi ait trait au pouvoir implicite de trancher des questions relatives à la *Charte*, j'irais même jusqu'à dire que les tribunaux administratifs ne peuvent pas se voir conférer expressément le pouvoir d'examiner la constitutionnalité de leur loi habilitante, pour les mêmes motifs.

However, I must emphasize that this conclusion does not detract from the power of the Commission to determine whether complaints fall within federal jurisdiction according to the division of powers. As my colleague La Forest J. notes in his separate reasons, there is an important conceptual difference between the Commission's interpreting its enabling legislation in light of the division of powers, and the Commission's questioning the validity of that legislation in light of the *Charter*. When it performs the former role, the Commission is merely determining whether it has jurisdiction over a matter, because the clear intent of Parliament was that the Commission should only operate within the confines of federal jurisdiction.

As well, nothing I have said should be construed as detracting from the general duty to interpret statutes in light of *Charter* values. As I stated in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 581-82, if there is some ambiguity with respect to the meaning or scope of a statutory provision, then it should be interpreted in the manner which is most consistent with the *Charter* and the values underlying that document; also see, for example: *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660.

Parliamentary democracy

The separation of powers is not the only aspect of the Canadian constitution which is subverted by *Douglas College*, *Cuddy Chicks*, and *Tétreault-Gadoury*. Those decisions also offend a second defining feature of the Canadian Constitution, its commitment to Parliamentary democracy. As with the separation of powers, the commitment to Parliamentary democracy was incorporated into the Canadian Constitution by the *Constitution Act, 1867*, through that provision's reference to a constitution "similar in Principle to that of the United Kingdom". Admittedly, much of the content of Parliamentary democracy is governed by convention, and it is clear that the conventions of the British constitution do not have the force of law in

Cependant, je dois souligner que cette conclusion ne diminue pas le pouvoir de la Commission de déterminer si les plaignants sont visés par la compétence du gouvernement fédéral selon le partage des pouvoirs. Comme mon collègue le juge La Forest le mentionne dans des motifs distincts, il y a une différence conceptuelle importante entre l'interprétation par la Commission de sa loi habilitante à la lumière du partage des pouvoirs et la mise en doute par la Commission de la validité de cette loi à la lumière de la *Charte*. Lorsqu'elle exerce le premier rôle, la Commission détermine simplement si elle a le pouvoir de statuer sur une question, parce que l'intention claire du législateur était que la Commission agisse seulement dans les limites des pouvoirs du gouvernement fédéral.

En outre, rien de ce que j'ai dit ne devrait être interprété comme visant à diminuer l'obligation générale d'interpréter les lois à la lumière des valeurs exprimées dans la *Charte*. Comme je l'ai déclaré dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 581 et 582, si la signification ou la portée d'une disposition législative est ambiguë, il faudrait l'interpréter de la façon qui soit le plus compatible avec la *Charte* et les valeurs qui sous-tendent ce document; voir également, par exemple: *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 660.

La démocratie parlementaire

La séparation des pouvoirs n'est pas le seul aspect de la Constitution canadienne à être dénaturé par *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*. Ces arrêts vont également à l'encontre d'une deuxième caractéristique fondamentale de la Constitution canadienne, soit son engagement à l'égard de la démocratie parlementaire. Comme dans le cas de la séparation des pouvoirs, l'engagement à l'égard de la démocratie parlementaire a été incorporé dans la Constitution canadienne par la *Loi constitutionnelle de 1867*, au moyen du renvoi à une constitution «semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Il faut reconnaître que la démocratie parlementaire est régie en grande partie par convention, et il est évi-

20

21

22

Canada: *Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753. Rather, my position is that the *Constitution Act, 1867*, incorporated those aspects of Parliamentary democracy that have taken legal form.

23 One of those aspects is the legal relationship between the executive and the legislature. A central principle of that relationship is that the executive must execute and implement the policies which have been enacted by the legislature in statutory form. The role of the executive, in other words, is to effectuate legislative intent. Admittedly, at times, that intent may be so broad and general that it becomes difficult to speak of any legislative intent at all; the legislature may in fact have been deliberately vague in order to leave a broad berth for the executive to develop and shape the contours of a particular regulatory regime. But the ultimate truth remains that fundamental matters of political choice are left to the legislature, and the executive is bound to adhere to those choices.

24 The justification for this hierarchical relationship, in present-day Canada, is a respect for democracy, because legislatures are representative institutions accountable to the electorate. A respect for democracy is also at the heart of those aspects of administrative judicial review which seek to ensure that administrative bodies do not exceed the boundaries of the powers granted to them by the legislature. The hierarchical relationship between the executive and the legislature is also another aspect of the separation of powers, since the separation of powers inheres in Parliamentary democracy: *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 68.

25 The assumption by administrative tribunals of jurisdiction over the *Charter* does no less than to invert this hierarchical relationship. Instead of putting the intent of the legislature into effect, the case law of this Court enables tribunals to challenge the decisions of the democratically elected legislature “by the assertion of overriding constitutional norm” (Kuttner, *supra*, at p. 97). Instead of

dent que les conventions de la constitution britannique n’ont pas force de loi au Canada: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753. J’estime plutôt que la *Loi constitutionnelle de 1867* a incorporé les aspects de la démocratie parlementaire qui ont revêtu une forme juridique.

L’un de ces aspects est le rapport juridique entre l’exécutif et le législatif. Un principe fondamental de ce rapport veut que l’exécutif exécute et applique les politiques qui ont été adoptées par le législatif sous forme de lois. Autrement dit, le rôle de l’exécutif consiste à réaliser l’intention du législateur. Il faut reconnaître que, parfois, cette intention peut être si générale qu’il devient difficile de parler d’une intention quelconque du législateur; de fait, il se peut que le législateur ait été délibérément vague afin de laisser beaucoup de latitude à l’exécutif pour lui permettre d’élaborer les contours d’un régime particulier de réglementation. En dernière analyse, il reste que les questions fondamentales de choix politiques sont laissées au législatif, et l’exécutif est tenu d’adhérer à ces choix.

C’est le respect de la démocratie qui justifie ce rapport hiérarchique dans le Canada actuel, car les législatures sont des institutions représentatives qui doivent répondre de leurs actions devant l’électorat. Le respect de la démocratie se situe également au cœur des aspects du contrôle judiciaire administratif qui visent à faire en sorte que les organismes administratifs ne dépassent pas les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par le législateur. Le rapport hiérarchique entre l’exécutif et le législatif constitue également un autre aspect de la séparation des pouvoirs, car celle-ci est inhérente à la démocratie parlementaire: *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, au par. 68.

La prise en charge par les tribunaux administratifs du pouvoir de statuer sur les questions relatives à la *Charte* ne fait rien de moins que d’inverser ce rapport hiérarchique. Au lieu de réaliser l’intention du législateur, la jurisprudence de notre Cour permet aux tribunaux administratifs de contester les décisions prises par une législature élue démocratiquement [TRADUCTION] «par l’affirmation d’une

being subject to the laws of the legislature, the executive can defeat the laws of the legislature. On each occasion that this occurs, a tribunal has disrupted the proper constitutional relationship between it and the legislature. Indeed, I would go so far as to say that a tribunal has, in these circumstances, unconstitutionally usurped power which it did not have.

The unconstitutional usurpation of power by tribunals can be illustrated by the decision of this Court in *Cuddy Chicks*. In that case, the Ontario Labour Relations Board (O.L.R.B.) held that a provision of its enabling legislation which barred agricultural workers from access to collective bargaining violated the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Charter*. That decision was upheld by this Court. The effect of the decision, of course, was to expand the jurisdiction of the O.L.R.B. to cover a class of persons whom the legislature had decided should not have the right to collectively bargain. Instead of the legislature's determining the jurisdiction of the O.L.R.B., the O.L.R.B. determined its own jurisdiction.

I cannot imagine that the intent of the framers of the *Charter* was to alter so fundamentally the nature of the relationship between the executive and the legislature. In this respect, I adopt the views expressed by McLachlin J. in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, where she described the impact of the *Charter* on the separation of powers in a Parliamentary democracy in the following terms, at p. 389:

The *Charter* has changed the balance of power between the legislative branch and the executive on the one hand, and the courts on the other hand, by requiring that all laws and government action must conform to the fundamental principles laid down in the *Charter*. [Emphasis added.]

Although I did not concur with McLachlin J. in that case, I did not disapprove of this passage in her judgment. What is critical about this passage is that McLachlin J. at no point says that the *Charter*

norme constitutionnelle prépondérante» (Kuttner, *loc. cit.*, à la p. 97). Au lieu d'être soumis aux lois du législatif, l'exécutif peut les rejeter. Chaque fois que cela s'est produit, un tribunal administratif a perturbé le lien constitutionnel qui existe à bon droit entre lui et le législatif. En fait, j'irais même jusqu'à dire qu'un tribunal administratif a, dans ces circonstances, usurpé inconstitutionnellement un pouvoir qu'il n'avait pas.

Cette usurpation inconstitutionnelle d'un pouvoir par les tribunaux administratifs peut être illustrée par l'arrêt *Cuddy Chicks* rendu par notre Cour. Dans cette affaire, le Conseil des relations de travail de l'Ontario (C.R.T.O.) a conclu qu'une disposition de sa loi habilitante qui empêchait des travailleurs agricoles d'avoir accès à la négociation collective portait atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Cette décision a été maintenue par notre Cour. Elle a eu pour effet naturellement d'étendre la compétence du C.R.T.O. de façon à ce qu'elle s'applique à une catégorie de personnes qui, selon le législateur, ne devraient pas avoir le droit de négocier une convention collective. Au lieu que le législatif détermine la compétence du C.R.T.O., celui-ci a déterminé sa propre compétence.

Je ne puis imaginer que les rédacteurs de la *Charte* aient eu l'intention de modifier aussi fondamentalement la nature du rapport entre l'exécutif et le législatif. À cet égard, j'adopte le point de vue exprimé par le juge McLachlin dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, où elle a décrit en ces mots, à la p. 389, les répercussions de la *Charte* sur la séparation des pouvoirs dans une démocratie parlementaire:

La *Charte* a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci. [Je souligne.]

Bien que je n'aie pas souscrit aux motifs du juge McLachlin dans cette affaire, je n'ai pas désapprouvé ce passage de ses motifs. Ce que j'y trouve à redire, c'est que le juge McLachlin ne dit à aucun

26

27

has altered the relationship between the executive and the legislature. The obvious implication is that this particular relationship was intended to remain the same after Patriation.

Conclusion

28 In my respectful view, the decisions of this Court in *Douglas College*, *Cuddy Chicks*, and *Tétreault-Gadoury* stand in contradiction to two fundamental principles of the Canadian constitution — the separation of powers and Parliamentary democracy. By authorizing tribunals to declare provisions of their enabling legislation inoperative for the purposes of the proceedings before them, this Court has effectively allowed those bodies to make declarations of invalidity. Furthermore, this power also permits tribunals to invert the hierarchical relationship between the executive and legislative branches which is fundamental in a Parliamentary democracy.

29 By limiting the operation of s. 52 to the courts, we may avoid the complicated jurisprudence which is in full evidence in this decision. Although we are bound by the prior decisions of this Court, I strongly urge my colleagues to revisit those decisions in order to ensure that the *Charter* does not distort the deep structure of the Canadian Constitution.

Disposition

30 For the reasons stated above, I concur with La Forest J. in his disposition of these appeals.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. was delivered by

31 LA FOREST J. — At issue in these appeals is whether the Canadian Human Rights Commission or a tribunal appointed by it to investigate a complaint has power to determine the constitutionality of a provision of their enabling statute, the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. In particular, is it open to the Commission to ignore s.

endroit que la *Charte* a modifié le rapport entre l'exécutif et le législatif. Cela implique manifestement que ce lien particulier était censé demeurer le même après le rapatriement de la Constitution.

Conclusion

En toute déférence, les arrêts rendus par notre Cour dans *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury* se trouvent à contredire deux principes fondamentaux de la Constitution canadienne — la séparation des pouvoirs et la démocratie parlementaire. En autorisant les tribunaux administratifs à déclarer inopérantes des dispositions de leur loi habilitante aux fins des instances dont ils sont saisis, notre Cour a effectivement permis à ces organismes de prononcer des déclarations d'invalidité. De plus, ce pouvoir permet également aux tribunaux administratifs d'inverser le rapport hiérarchique entre les branches exécutive et législative qui est fondamental dans une démocratie parlementaire.

En limitant l'application de l'art. 52 aux cours de justice, nous pouvons éviter la jurisprudence compliquée qui est pleinement illustrée dans la présente instance. Bien que nous soyons liés par les arrêts antérieurs de notre Cour, je prie instamment mes collègues de réviser ces arrêts afin d'éviter que la *Charte* dénature la structure profonde de la Constitution canadienne.

Dispositif

Pour les motifs exposés ci-dessus, je souscris au dispositif du juge La Forest dans les présents pourvois.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST — Il s'agit de déterminer, dans les présents pourvois, si la Commission canadienne des droits de la personne ou un tribunal qu'elle constitue pour examiner une plainte a le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C.

15(c) of the Act, which provides that it is not a discriminatory practice for an individual to be terminated from employment because that individual has reached the normal age of retirement for employees in similar positions?

Facts

The appellants Bell and Cooper were airline pilots employed by the respondent Canadian Airlines International Ltd. ("Canadian"). Upon reaching the age of 60 they were informed by Canadian that they would be retired in accordance with the provisions of the collective agreement between the pilots and the company. To this the applicants objected; in their view, it constituted discrimination on the basis of age since the vast majority of employees in Canada are not obliged to retire before the age of 65. Accordingly, in April and July of 1990 respectively, they filed complaints under the Act with the respondent Commission alleging discrimination on the basis of age in violation of ss. 7 and 10 of the Act. Following receipt of the complaints the Commission appointed an investigator pursuant to the Act. As part of the investigative process, Canadian made submissions to the investigator claiming there was no discrimination as the retirement policy was a *bona fide* occupational requirement under s. 15(a) of the Act and because 60 was the normal age of retirement for airline pilots by virtue of s. 15(c) of the Act. Paragraph 15(c) reads as follows:

15. It is not a discriminatory practice if

(c) an individual's employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual;

In December, 1990, this Court issued its decision in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, where it held that s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, which provided that a mandatory retirement policy did

(1985), ch. H-6. Plus précisément, la Commission peut-elle ne pas tenir compte de l'al. 15c) de la Loi, qui prévoit que le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi ne constitue pas un acte discriminatoire?

Les faits

Les appelants, MM. Bell et Cooper, étaient pilotes de ligne pour l'intimée Lignes aériennes Canadien International Ltée («Canadien»). Lorsqu'ils ont atteint l'âge de 60 ans, Canadien les a avisés qu'ils seraient mis à la retraite en application des dispositions de la convention collective conclue entre la société et les pilotes. Les appelants ont contesté cette mesure; ils estimaient qu'il s'agissait de discrimination fondée sur l'âge puisque, au Canada, la vaste majorité des employés ne sont pas tenus de prendre leur retraite avant l'âge de 65 ans. Par conséquent, ils ont déposé une plainte devant la Commission intimée, l'un au mois d'avril et l'autre au mois de juillet 1990, alléguant qu'ils avaient été victimes de discrimination fondée sur l'âge, en contravention des art. 7 et 10 de la Loi. Après avoir reçu les plaintes, la Commission a nommé un enquêteur en vertu de la Loi. Dans le cadre de l'enquête, Canadien a fait valoir, dans des observations soumises à l'enquêteur, qu'il n'y avait pas eu discrimination parce que la politique de mise à la retraite constituait une exigence professionnelle justifiée au sens de l'al. 15a) de la Loi et que, suivant l'al. 15c), le principe de la retraite à 60 ans était la norme en vigueur pour les pilotes de ligne. L'alinéa 15c) est ainsi conçu:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

c) le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi;

En décembre 1990, notre Cour a rendu sa décision dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, où elle a statué que l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, établissant qu'une politique

not amount to discrimination on the basis of age, violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but was nevertheless justified under s. 1. In the spring of 1991 the appellants wrote the investigator a letter in which they argued that s. 15(c) of the Act violated the *Charter* and that the *McKinney* decision was inapplicable. However the investigator recommended to the Commission that the appellants' complaints be dismissed and by letter dated October 23, 1991, the Commission informed the appellants that an inquiry was not warranted and that it was bound by the *McKinney* decision.

34 The appellants applied for judicial review in the Federal Court Trial Division, seeking an order to quash the Commission's decision and to direct it to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a tribunal to inquire into their complaints. The motion was dismissed by Joyal J. and his finding was upheld by the Federal Court of Appeal.

35 Leave to appeal was granted by this Court on October 13, 1994, [1994] 3 S.C.R. vi, subsequent to which the Chief Justice ordered that Canadian be granted party status in the proceedings. After hearing oral submissions from the parties, who were all of the view that the Commission had at least a limited jurisdiction to question the constitutionality of the Act, the Court took the step of appointing an *amicus curiae* to present the argument against such a jurisdiction.

Judicial History

Federal Court Trial Division (1992), 22 C.H.R.R. D/87

36 Joyal J. held, at p. D/87, that this Court's decision in *McKinney* stood for the proposition that no Court interference, either under human rights provisions or on *Charter* grounds, was warranted when dealing with a "well-founded, historically respected and presumably reasonable scheme for mandatory retirement". He concluded, at p. D/88, that by endorsing s. 9(a) of the Ontario *Human*

de retraite obligatoire ne constituait pas de la discrimination fondée sur l'âge, contrevenait à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais se justifiait sous le régime de l'article premier. Au printemps 1991, les appelants ont fait parvenir à l'enquêteur une lettre dans laquelle ils soutenaient que l'al. 15c) de la Loi contrevenait à la *Charte* et que l'arrêt *McKinney* était inapplicable. L'enquêteur a toutefois recommandé à la Commission de rejeter les plaintes, et cette dernière a informé les appelants par écrit, le 23 octobre 1991, que l'examen des plaintes n'était pas justifié et qu'elle était liée par l'arrêt *McKinney*.

Les appelants ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Commission et prescrivant à cette dernière de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal pour examiner leurs plaintes. Leur requête a été rejetée par le juge Joyal, dont les conclusions ont été confirmées par la Cour d'appel fédérale.

Notre Cour a accordé une autorisation de pourvoi le 13 octobre 1994 ([1994] 3 R.C.S. vi), après quoi le Juge en chef a ordonné que qualité pour agir soit accordée à Canadien. Après audition des plaidoiries des parties, qui étaient toutes d'avis que la Commission disposait à tout le moins d'une compétence limitée pour examiner la constitutionnalité de la Loi, la Cour a décidé de nommer un *amicus curiae* pour faire valoir les arguments militant contre l'existence d'une telle compétence.

Historique des procédures judiciaires

La Section de première instance de la Cour fédérale (1992), 22 C.H.R.R. D/87

Le juge Joyal a estimé, aux pp. D/87 et D/88, que l'arrêt de notre Cour dans *McKinney* consacrait l'idée que rien ne justifie une intervention de la cour, soit en vertu des dispositions sur les droits de la personne soit pour des motifs fondés sur la *Charte*, lorsqu'il s'agit d'un «régime de retraite obligatoire bien fondé, historiquement respecté et probablement raisonnable». Selon le juge, à la

Rights Code, 1981, the Court had “effectively endorsed the legality of s. 15(c) of the *Canadian Human Rights Act*”. As a result, Joyal J. held that the Commission had not exceeded its jurisdiction, denied the appellants any aspect of procedural fairness, or come to a perverse or absurd decision in deciding not to refer the complaints to a tribunal. The Commission had thus not committed any reviewable error and he denied the appellants’ application.

Federal Court of Appeal (1994), 22 C.H.R.R. D/90

Though concurring in the result, Pratte J.A. and Marceau J.A. wrote separate reasons dismissing the appellants’ appeals. McDonald J.A. concurred with the reasons of both of his colleagues.

Pratte J.A.

Pratte J.A. noted that the main ground of the appellants’ motion before the Trial Division was that s. 15(c) of the Act was unconstitutional but that no notice of a constitutional question had been given pursuant to s. 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Though it was not argued before the Court of Appeal that s. 15(c) was unconstitutional, the appellants would be barred from doing so because of the failure to give notice both in the Court of Appeal and in the Trial Division.

Pratte J.A. understood the appellants’ argument as being that because of the differences between s. 15(c) of the Act and s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, *McKinney* did not establish the constitutionality of the former. If the Commission had not erroneously applied *McKinney* they would have necessarily concluded that the constitutionality of s. 15(c) was an open question and referred the complaints to a tribunal. Pratte J.A. disagreed with the appellants’ argument for the following reasons, at p. D/94:

p. D/88, notre Cour, en approuvant l’al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l’Ontario, a «effectivement approuvé la légalité de l’al. 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*». Il a donc statué qu’en décidant de ne pas soumettre les plaintes à un tribunal, la Commission n’avait ni outrepassé sa compétence ni manqué aux règles de l’équité procédurale, et que sa décision n’était ni abusive ni absurde. La Commission n’avait donc pas commis d’erreur susceptible de révision, et le juge a rejeté la requête des appelants.

La Cour d’appel fédérale (1994), 22 C.H.R.R. D/90

Bien qu’ils aient tous deux été d’accord pour rejeter les appels, les juges Pratte et Marceau ont rédigé des motifs distincts; le juge McDonald a souscrit aux motifs de ses deux collègues.

Le juge Pratte

Le juge Pratte a fait remarquer que, dans la requête soumise à la Section de première instance, les appelants plaidaient principalement l’inconstitutionnalité de l’al. 15c) de la Loi, mais qu’aucun avis de question constitutionnelle n’avait été donné conformément à l’art. 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Les appelants n’ont pas allégué devant la Cour d’appel que l’al. 15c) était inconstitutionnel, mais ils ne seraient de toute façon pas autorisés à le faire parce qu’ils n’ont donné les avis prescrits ni à la Cour d’appel ni à la Section de première instance.

L’argument des appelants, tel que l’a compris le juge Pratte, était qu’en raison des différences existant entre l’al. 15c) de la Loi et l’al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l’Ontario, l’arrêt *McKinney* n’a pas établi la constitutionnalité de l’al. 15c) et que, si la Commission n’avait pas erronément appliqué cet arrêt, elle aurait nécessairement conclu que la question de la constitutionnalité de cette disposition n’avait pas été résolue et aurait déféré les plaintes à un tribunal. Le juge Pratte ne s’est pas rendu à cet argument pour les raisons suivantes (à la p. D/94):

37

38

39

This is, in my view, a fallacious argument. In order to succeed, the appellant must show that the decision appealed from is wrong. And as that decision confirmed the decision of the Canadian Human Rights Commission, he must show that the decision of the Commission was wrong. That decision dismissed the appellant's complaint, the Commission being satisfied that an inquiry was not warranted since the complaint was clearly directed against a practice that para. 15(c) declares not to be discriminatory. It is common ground that para. 15(c), if valid, would justify the Commission's decision. It follows that, in order to succeed, it was not sufficient for the appellant to show that para. 15(c) is in some respects different from para. 9(c) [*sic*] of the *Human Rights Code, 1981*. The appellant had to establish the unconstitutionality of that provision and ask the Court to adjudge it to be invalid. This, in view of his failure to comply with s. 57 of the *Federal Court Act*, he did not and could not do.

Marceau J.A.

40 Marceau J.A. agreed with Pratte J.A. that the appellants' appeals should be dismissed, but for different reasons. Marceau J.A. believed that the Commission had no choice but to dismiss the complaints as the Commission was bound by the provisions of s. 15(c) of the Act. The Commission was bound by the Act because neither the Commission, nor a tribunal appointed by the Commission, had the power to consider the constitutionality of their enabling statute.

41 Marceau J.A. noted that in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, this Court established two propositions. First, that the power of an administrative tribunal to refuse to apply a law of Parliament on the basis that such law was unconstitutional had to be found in its enabling statute. Second, that the intention of Parliament to confer this power on a tribunal could be given in express terms or could be inferred from the mandate assigned to the tribunal and particularly, from a requirement that it deal with all necessary ques-

Selon moi, il s'agit là d'un argument spécieux. Pour obtenir gain de cause, l'appelant doit démontrer que la décision dont il interjette appel est erronée. Puisque cette décision a confirmé la décision de la Commission canadienne des droits de la personne, il doit démontrer que la décision de la Commission était erronée. Par sa décision, la Commission a rejeté la plainte de l'appelant car elle était convaincue qu'un examen n'était pas justifié étant donné que la plainte visait nettement un acte que l'al. 15c) déclare non discriminatoire. Il est bien établi que l'al. 15c), s'il est valide, justifie la décision de la Commission. Par conséquent, pour avoir gain de cause, l'appelant ne devait pas se contenter de démontrer que l'al. 15c) était différent, à certains égards, de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*. Il devait établir le caractère inconstitutionnel de cette disposition et demander à la Cour de le déclarer invalide. Or, compte tenu de son défaut de se conformer à l'art. 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'appelant ne l'a pas fait et n'était pas autorisé à le faire.

Le juge Marceau

Le juge Marceau a conclu, comme le juge Pratte, au rejet des appels, mais pour des motifs différents. Il a estimé que la Commission n'avait d'autre choix que de rejeter les plaintes puisqu'elle était liée par les dispositions de l'al. 15c) de la Loi. Il en était ainsi parce que ni la Commission ni un tribunal constitué par elle n'avaient le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de leur loi habilitante.

Le juge a affirmé que dans les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, notre Cour a établi deux principes. Selon le premier, le pouvoir d'un tribunal administratif de refuser d'appliquer une loi fédérale pour le motif qu'elle est inconstitutionnelle doit lui être conféré par sa loi habilitante. Selon le second, l'intention du législateur de conférer ce pouvoir peut être formulée expressément ou s'inférer du mandat assigné au tribunal et, plus particulièrement, de l'obligation de trancher toutes les

tions of law. Applying these propositions to the Act, Marceau J.A. stated, at p. D/95:

It is clear to me that the terms used in the *Canadian Human Rights Act* contain nothing that could even remotely suggest an intention on the part of Parliament of allowing the Human Rights Commission — whose role is purely administrative (cf. *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canadian Human Rights Commission*, [1989] 2 S.C.R. 879) . . . or the Human Rights tribunals — which do not have to be presided by people trained in law and whose mandate is strictly “to inquire into the complaint” (cf. s. 39 of the Act) — to dispute the constitutional validity of legislative provisions governing their activity. It can even be said, in the case of the particular provision in question, that the wording of the statute indicates the exact contrary: for the Commission to hold to be discriminatory and subject to its sanction a practice that Parliament has formally declared non-discriminatory and outside the ambit of the mandate given to it, would be for the tribunal to go directly against the will of Parliament. To pretend that Parliament still intended to make its pronouncement subject to some value judgment by the Commission or its tribunal appears to me totally untenable.

Issues

The issues before the Court are the following:

1. Has Parliament granted to the Commission the jurisdiction to consider the constitutional validity of a provision of its enabling statute?
2. Has Parliament granted to a tribunal, appointed by the Commission pursuant to s. 49 of the Act, the jurisdiction to consider the constitutional validity of its enabling statute?

Analysis

All the parties to these appeals, with the exception of the *amicus curiae*, are of the view that the Commission has, at the very least, a limited power to consider the constitutional validity of its enabling statute. The appellants, along with counsel

questions de droit nécessaires. Appliquant ces principes à la Loi, le juge Marceau a statué, à la p. D/95:

Selon moi, il est clair que le libellé de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne contient aucune disposition qui pourrait laisser entendre, même très vaguement, que le législateur avait l'intention de permettre à la Commission des droits de la personne — dont le rôle est purement administratif (voir *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879) — ou aux tribunaux des droits de la personne — qui ne doivent pas obligatoirement être présidés par des personnes qui ont une formation en droit et dont le mandat consiste strictement à «examiner la plainte» (voir l'art. 39 de la Loi) — de contester la validité constitutionnelle des dispositions législatives régissant leur fonctionnement. On peut même affirmer, dans le cas de la disposition en cause, que le libellé de la loi a exactement l'effet contraire: si la Commission déclarait discriminatoire et assujéti à son pouvoir de sanction un acte que le Parlement a formellement déclaré non discriminatoire et exclu du mandat de la Commission, celle-ci agirait directement à l'encontre de la volonté du législateur. Il me semble absolument impossible de prétendre que le législateur avait l'intention d'assujettir sa déclaration au jugement de valeur de la Commission ou de ses tribunaux.

Les questions en litige

Les questions que la Cour doit trancher sont les suivantes:

1. Le Parlement a-t-il conféré à la Commission la compétence nécessaire pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante?
2. Le Parlement a-t-il conféré à un tribunal constitué par la Commission en vertu de l'art. 49 de la Loi, la compétence nécessaire pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante?

Analyse

Les parties aux présents pourvois, exception faite de l'*amicus curiae*, sont toutes d'avis que la Commission jouit, au minimum, d'un pouvoir limité d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante. Les appelants estiment, tout comme les

for the Commission, argue that at a minimum the Commission has the power to decide if there is a triable issue with respect to the constitutional status of a provision of the Act, and on this basis to send it to a tribunal for a full hearing. Inherent in this position, of course, is the assumption that such a tribunal has the power to decide constitutional questions. The respondent Canadian took a somewhat different approach, arguing that if the Commission found there was a triable constitutional issue, it should refer the constitutional question to a superior court for determination.

44 There was considerable argument by the parties to the effect that this sort of screening function by the Commission with respect to the constitutionality of a provision of its enabling statute would not amount to an actual determination of the constitutional question, that it would be no more than an opinion. This is quite simply not the case. If the Commission had found that there was some uncertainty regarding the constitutionality of s. 15(c) of the Act, and as a result sent the matter to a tribunal, the Commission would have effectively found s. 15(c) to be inoperative. For, if s. 15(c) is valid, it operates to deny the Commission jurisdiction to refer the appellants' complaint to a tribunal; it is trite law that the Commission has no other jurisdiction than that granted to it by Parliament. There is no middle ground: either s. 15(c) is operative and the Commission has no jurisdiction, there being no discriminatory practice; or the section is inoperative and the Commission does have jurisdiction. Therefore the question before this Court is a straightforward one: does the Commission, and in turn a tribunal appointed under the Act, have the power to find a provision of the Act unconstitutional and treat it as inoperative?

45 In three previous cases, *Douglas College*, *supra*, *Cuddy Chicks*, *supra*, and *Tétreault-Gadoury*, *supra*, this Court has had the opportunity to address the principles underlying an administrative tribunal's jurisdiction to consider the constitutionality of its enabling statute. These authorities make

avocats de la Commission, que celle-ci dispose, à tout le moins, du pouvoir de déterminer si une disposition de la Loi soulève une question constitutionnelle pouvant faire l'objet d'un débat judiciaire et, le cas échéant, de la déférer à un tribunal pour qu'il l'entende. Cet argument, il va de soi, suppose nécessairement que ce tribunal jouit du pouvoir de trancher des questions constitutionnelles. L'intimée Canadien a défendu une thèse quelque peu différente, en plaidant que si la Commission concluait à l'existence d'une question constitutionnelle susceptible de débat judiciaire, elle devrait déférer l'affaire à une cour supérieure.

Les parties ont longuement soutenu que ce type d'examen préalable, par la Commission, de la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante n'équivaudrait pas réellement à trancher la question constitutionnelle, mais qu'il s'agirait plutôt de la formulation d'une opinion, sans plus. Il n'en est tout simplement pas ainsi. Si la Commission avait jugé qu'il y avait matière à s'interroger sur la constitutionnalité de l'al. 15c) de la Loi et que, par la suite, elle avait déféré l'affaire à un tribunal, elle aurait, dans les faits, conclu au caractère inopérant de la disposition. En effet, si l'al. 15c) est valide, il a pour effet de nier à la Commission toute compétence pour déférer la plainte des appelants à un tribunal. Il est bien établi en droit que la Commission ne peut exercer d'autres compétences que celles qui lui sont dévolues par le législateur. Il n'y a pas de moyen terme: ou bien l'al. 15c) est applicable et la Commission n'a pas compétence puisqu'il n'y a pas d'acte discriminatoire, ou bien la disposition est inopérante et la Commission a compétence. La question que notre Cour doit trancher se pose donc simplement: la Commission et, par la suite, un tribunal constitué en vertu de la Loi, ont-ils le pouvoir de conclure à l'inconstitutionnalité d'une disposition de la Loi et de la considérer comme inopérante?

Dans trois arrêts précédents, *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*, précités, notre Cour a eu l'occasion d'analyser les principes fondant la compétence d'un tribunal administratif en matière d'examen de la constitutionnalité de sa loi habilitante. Elle y a exprimé clairement que le par.

it clear that no administrative tribunal has an independent source of jurisdiction pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Rather, the essential question facing a court is one of statutory interpretation — has the legislature, in this case Parliament, granted the administrative tribunal through its enabling statute the power to determine questions of law? As noted by the majority in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, at p. 32:

As I have stressed in both *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, *supra*, s. 52(1) does not, in itself, confer the power to an administrative tribunal to find a legislative provision to be inconsistent with the *Charter*. Rather, the inquiry must begin with an examination of the mandate given to the particular tribunal by the legislature.

If a tribunal does have the power to consider questions of law, then it follows by the operation of s. 52(1) that it must be able to address constitutional issues, including the constitutional validity of its enabling statute. This principle was clearly enunciated by this Court in *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 13-14, referring to the earlier decision in *Douglas College*, *supra*, in the following passage:

The power of an administrative tribunal to consider *Charter* issues was addressed recently by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. That case concerned the jurisdiction of an arbitration board, appointed by the parties under a collective agreement in conjunction with the British Columbia *Labour Code*, to determine the constitutionality of a mandatory retirement provision in the collective agreement. In ruling that the arbitrator did have such jurisdiction, this Court articulated the basic principle that an administrative tribunal which has been conferred the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid. This conclusion ensues from the principle of supremacy of the Constitution, which is confirmed by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Distilled to its basics, the rationale for recognizing jurisdiction in the arbitrator in the *Douglas College* case is

52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne constitue pas une source indépendante de compétence pour les tribunaux administratifs. La question essentielle que doit trancher une cour de justice se rapporte plutôt à l'interprétation des lois — la législature, en l'espèce, le Parlement, a-t-elle inclus le pouvoir de trancher des questions de droit dans la loi habilitante du tribunal administratif? La Cour, à la majorité, a fait remarquer dans *Tétreault-Gadoury*, précité, à la p. 32:

Comme je l'ai souligné dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, précités, le par. 52(1) ne confère pas en soi à un tribunal administratif le pouvoir de déclarer qu'une disposition législative est incompatible avec la *Charte*. Il faut plutôt commencer par examiner le mandat que le législateur a donné à ce tribunal.

Si un tribunal administratif jouit du pouvoir d'examiner des questions de droit, il s'ensuit, par application du par. 52(1), qu'il peut se prononcer sur des questions constitutionnelles, dont celle de la constitutionnalité de sa loi habilitante. Notre Cour a clairement énoncé ce principe dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, aux pp. 13 et 14, où elle renvoyait à l'arrêt antérieur *Douglas College*, précité, dans l'extrait suivant:

Notre Cour a récemment étudié, dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, le pouvoir des tribunaux administratifs d'examiner les questions relatives à la *Charte*. Cette affaire portait sur la compétence d'un conseil d'arbitrage, nommé par les parties en vertu d'une convention collective et conformément au *Labour Code* de la Colombie-Britannique, de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de la convention collective visant la retraite obligatoire. En statuant que l'arbitre avait la compétence voulue, notre Cour a énoncé le principe fondamental selon lequel le tribunal administratif à qui l'on a conféré le pouvoir d'interpréter la loi a aussi le pouvoir concomitant de déterminer si la loi est constitutionnelle. Cette conclusion découle du principe de la primauté de la Constitution, qui est confirmé par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Réduite à ses éléments essentiels, la raison pour laquelle on a décidé, dans l'arrêt *Douglas College*, que l'arbitre

that the Constitution, as the supreme law, must be respected by an administrative tribunal called upon to interpret law.

It should be emphasized that there is no need to determine if either the Commission or a tribunal under the Act is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. That is not the inquiry before us. Rather, what must be scrutinized is the mandate given under the Act to the Commission and the tribunals. There is no doubt that the power to consider questions of law can be bestowed on an administrative tribunal either explicitly or implicitly by the legislature. All the parties agree that there is no provision in the Act that expressly confers on the Commission a general power to consider questions of law. There being no such express authority, it becomes necessary to determine whether Parliament has granted it implicit jurisdiction to consider such questions. As stated in *Cuddy Chicks*, *supra*, at p. 14:

[J]urisdiction must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. This fundamental principle holds true regardless of the nature of the issue before the administrative body. Thus, a tribunal prepared to address a *Charter* issue must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought.

47

In considering whether a tribunal has jurisdiction over the parties, the subject matter before it, and the remedy sought by the parties, it is appropriate to take into account various practical matters such as the composition and structure of the tribunal, the procedure before the tribunal, the appeal route from the tribunal, and the expertise of the tribunal. These practical considerations, in so far as they reflect the scheme of the enabling statute, provide an insight into the mandate given to the administrative tribunal by the legislature. At the same time there may be pragmatic and functional policy concerns that argue for or against the tribunal having constitutional competence, though such

avait compétence, est que la Constitution, en sa qualité de loi suprême, doit être respectée par les tribunaux administratifs appelés à interpréter la loi.

Il importe de souligner qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si la Commission ou un tribunal constitué en vertu de la Loi est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Ce n'est pas la question dont nous sommes saisis. Il s'impose plutôt d'examiner le mandat que la Loi confère à la Commission et aux tribunaux des droits de la personne. Il ne fait aucun doute que le pouvoir d'un tribunal administratif de statuer sur des questions de droit peut être conféré de façon expresse ou implicite. Les parties conviennent toutes qu'aucune disposition de la Loi ne confie expressément à la Commission le pouvoir général d'examiner des questions de droit. Cette absence de pouvoir explicite nous oblige à voir si le Parlement a implicitement octroyé à la Commission le pouvoir d'entendre de telles questions. Comme l'a dit notre Cour dans *Cuddy Chicks*, précité, à la p. 14:

La compétence du tribunal doit [. . .] lui avoir été conférée expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Ce principe fondamental demeure, quelle que soit la nature de la question dont est saisi le tribunal administratif. Ainsi, le tribunal administratif qui s'apprête à étudier une question ayant trait à la *Charte* doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

Pour déterminer si un tribunal a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée, il convient de tenir compte de questions pratiques comme la composition et la structure du tribunal, la procédure qui est suivie devant lui, les voies d'appel existant contre les décisions qu'il rend et son expertise. Ces considérations d'ordre pratique, dans la mesure où elles font ressortir l'économie de la loi habilitante, renseignent sur le mandat que le législateur a confié au tribunal administratif. Des considérations d'ordre pratique et fonctionnel peuvent par ailleurs appuyer ou réfuter l'existence d'une compétence en matière constitutionnelle, quoique de telles con-

concerns can never supplant the intention of the legislature.

The Scheme of the Act

The Act sets out a complete mechanism for dealing with human rights complaints. Central to this mechanism is the Commission. Its powers and duties are set forth in ss. 26 and 27, and Part III of the Act. Briefly put, the Commission is empowered to administer the Act, which includes among other things fostering compliance with the Act through public activities, research programs, and the review of legislation. It is also the statutory body entrusted with accepting, managing and processing complaints of discriminatory practices. It is this latter duty which is provided for in Part III of the Act.

A complaint of a discriminatory practice may, under s. 40, be initiated by an individual, a group, or the Commission itself. On receiving a complaint the Commission appoints an investigator to investigate and prepare a report of its findings for the Commission (ss. 43 and 44(1)). On receiving the investigator's report, the Commission may, after inviting comments on the report by the parties involved, take steps to appoint a tribunal to inquire into the complaint if having regard to all the circumstances of the complaint it believes an inquiry is warranted (ss. 44(3)(a)). Alternatively the Commission can dismiss the complaint, appoint a conciliator, or refer the complainant to the appropriate authority (ss. 44(3)(b), 47(1) and 44(2) respectively).

If the Commission decides that a tribunal should be appointed, then, pursuant to the Commission's request, the President of the Human Rights Tribunal Panel appoints a tribunal (s. 49). This tribunal then proceeds to inquire into the complaint and to offer each party the opportunity to appear in person or through counsel before the tribunal (s. 50). At the conclusion of its inquiry the tribunal either dismisses the complaint pursuant to s. 53(1) or, if it finds the complaint to be substantiated, it may invoke one of the various remedies found in s. 53 of the Act. These remedies include an order that a

sidérations ne puissent jamais prendre le pas sur l'intention du législateur.

L'économie de la Loi

La Loi prévoit un processus complet de traitement des plaintes en matière de droits de la personne. La Commission est un rouage essentiel de ce processus. Ses pouvoirs et fonctions sont énoncés aux art. 26 et 27 et à la partie III de la Loi. En bref, la Commission jouit du pouvoir d'appliquer la Loi et, notamment, de celui d'en promouvoir le respect au moyen d'activités publiques, d'entreprendre des projets de recherche et d'examiner la législation. C'est également à elle que la Loi confie le mandat de recevoir, de gérer et de traiter les plaintes concernant des actes discriminatoires. Cette dernière fonction est décrite dans la partie III de la Loi.

L'article 40 prévoit qu'une plainte peut être déposée par un individu, par un groupe ou par la Commission elle-même. Lorsqu'elle reçoit une plainte, la Commission nomme un enquêteur, qu'elle charge d'enquêter sur la plainte et de lui faire rapport (art. 43 et par. 44(1)). La Commission peut, après avoir reçu le rapport de l'enquêteur et sollicité les commentaires des parties à son sujet, prendre des mesures pour que soit constitué un tribunal pour examiner la plainte, si elle est convaincue, compte tenu des circonstances, qu'un examen est justifié (al. 44(3)a)). Elle peut également rejeter la plainte, nommer un conciliateur ou renvoyer le plaignant à l'autorité compétente (al. 44(3)b) et par. 47(1) et 44(2) respectivement).

Si la Commission conclut qu'il conviendrait de constituer un tribunal, le président du Comité du tribunal des droits de la personne y procède à sa demande (art. 49). Le tribunal examine la plainte en offrant à chaque partie l'occasion de comparaître devant lui, en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat (art. 50). À l'issue de l'enquête, le tribunal peut rejeter la plainte en vertu du par. 53(1) ou, s'il la juge fondée, imposer l'une des mesures de redressement prévues à l'art. 53 de la Loi. Ces mesures comprennent l'ordonnance enjoignant de mettre fin à l'acte discriminatoire, d'ac-

48

49

50

person cease a discriminatory practice; that a right, opportunity or privilege denied the victim be made available to him or her; and that the person engaged in the discriminatory practice compensate the victim of the practice for lost wages and expenses resulting from the practice and, where it is warranted, pay a fine to the victim. Finally, if the tribunal was composed of less than three members, it is open to a party to appeal the tribunal's decision to a three-member Review Tribunal on any question of law or fact or mixed law and fact (ss. 55 and 56).

corder à la victime les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée ou d'indemniser la victime des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte et, dans les cas où cela est justifié, de verser une amende à la victime. Enfin, si le tribunal était composé de moins de trois membres, une partie peut interjeter appel de sa décision devant un tribunal d'appel, composé de trois membres, sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait (art. 55 et 56).

51 Not included in the Act, but also available to any party, is the right to judicial review of a decision of the Commission or tribunal. Under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*, an application for judicial review is to be brought in the Federal Court, Trial Division, from which a further appeal lies to the Federal Court of Appeal. It is by this route that the instant appeals are before us.

Les parties peuvent se prévaloir également du droit de demander le contrôle judiciaire de la décision de la Commission ou du tribunal, lequel droit n'est pas établi par la Loi mais par les art. 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ces articles prévoient que la demande de contrôle judiciaire est déposée devant la Section de première instance de la Cour fédérale et que la décision de celle-ci peut être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale. C'est après avoir suivi cette voie que nous sont parvenus les présents pourvois.

The Jurisdiction of the Commission

La compétence de la Commission

52 With the exception to be noted later, there is no explicit provision in the Act giving to the Commission power to determine questions of law. Nor is there anything in the scheme of the Act to imply that the Commission has this power. Looking at the Act as a whole it is evident that the role of the Commission is to deal with the intake of complaints and to screen them for proper disposition. In *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 584, I described the powers and the limits of the Commission in the following way:

À une exception près, dont il sera question plus loin, la Loi ne renferme aucune disposition conférant expressément à la Commission le pouvoir de statuer sur des questions de droit. Rien non plus dans l'économie de la Loi ne permet d'inférer que la Commission dispose de ce pouvoir. Si l'on considère la Loi dans son ensemble, il appert clairement que le rôle de la Commission consiste à recevoir les plaintes et à en faire un examen préalable afin qu'elles soient traitées comme il convient. Dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, j'ai décrit, à la p. 584, les pouvoirs et les limites de la Commission dans les termes suivants:

The Human Rights Commission undoubtedly serves many useful functions that help to educate, inform, and advise the government, the public and the courts on matters of human rights (s. 27). It also provides a procedure for initiating, investigating, and seeking voluntary settlement of human rights complaints.

La Commission canadienne des droits de la personne remplit certainement de nombreuses fonctions utiles qui visent à sensibiliser, à informer et à conseiller le gouvernement, le public et les cours de justice dans le domaine des droits de la personne (art. 27). La Commission a également une procédure de dépôt, d'enquête et de règlement volontaire des plaintes en matière de droits de la personne.

The Commission is not an adjudicative body; that is the role of a tribunal appointed under the Act. When deciding whether a complaint should proceed to be inquired into by a tribunal, the Commission fulfills a screening analysis somewhat analogous to that of a judge at a preliminary inquiry. It is not the job of the Commission to determine if the complaint is made out. Rather its duty is to decide if, under the provisions of the Act, an inquiry is warranted having regard to all the facts. The central component of the Commission's role, then, is that of assessing the sufficiency of the evidence before it. Justice Sopinka emphasized this point in *Syndicat des employés de production du Québec et de L'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 899:

The other course of action is to dismiss the complaint. In my opinion, it is the intention of s. 36(3)(b) that this occur where there is insufficient evidence to warrant appointment of a tribunal under s. 39. It is not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding but rather the Commission must determine whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage.

The striking down of s. 15(c) by the Commission, which is what a referral to a tribunal in the present case would amount to, would be an assumption by the Commission of an adjudicative role for which it has no mandate. When Parliament has failed to vest an administrative body with such a jurisdiction (which is the case here), then it is not the role of a court to create such jurisdiction. Administrative bodies and tribunals are creatures of statute; the will of the legislature as it appears therein must be respected.

Notwithstanding the general scheme of the Act, there are specific provisions, notably ss. 27, 40 and 41, that both the appellants and the Commission fastened upon as indicating an intent by Parliament to have the Commission determine questions of law. However, these sections amount to no more than that the Commission has power to interpret and apply its enabling statute. It does not follow that it then has a jurisdiction to address general questions of law. Every administrative body, to

La Commission n'est pas un organisme décisionnel; cette fonction est remplie par les tribunaux constitués en vertu de la Loi. Lorsqu'elle détermine si une plainte devrait être déférée à un tribunal, la Commission procède à un examen préalable assez semblable à celui qu'un juge effectue à une enquête préliminaire. Il ne lui appartient pas de juger si la plainte est fondée. Son rôle consiste plutôt à déterminer si, aux termes des dispositions de la Loi et eu égard à l'ensemble des faits, il est justifié de tenir une enquête. L'aspect principal de ce rôle est alors de vérifier s'il existe une preuve suffisante. Le juge Sopinka a souligné ce point dans *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, à la p. 899:

L'autre possibilité est le rejet de la plainte. À mon avis, telle est l'intention sous-jacente à l'al. 36(3)b) pour les cas où la preuve ne suffit pas pour justifier la constitution d'un tribunal en application de l'art. 39. Le but n'est pas d'en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires; la Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante.

Si la Commission invalidait l'al. 15(c), ce qu'elle ferait en l'espèce si elle déférait la plainte à un tribunal, elle exercerait en fait une fonction décisionnelle pour laquelle elle n'a reçu aucun mandat. Lorsque le législateur s'abstient de conférer une telle compétence à un organisme administratif (comme il l'a fait en l'espèce), il n'y a pas lieu pour les cours de justice de créer cette compétence. Les organismes et tribunaux administratifs sont créés par la loi; il importe de respecter la volonté que le législateur a exprimée dans le texte de loi.

Malgré l'économie générale de la Loi, les appelants et la Commission invoquent des dispositions particulières de celle-ci, notamment les art. 27, 40 et 41, qui d'après eux indiquent que le législateur avait l'intention que la Commission tranche des questions de droit. Ces articles, toutefois, n'énoncent rien de plus que le pouvoir de la Commission d'interpréter et d'appliquer sa loi habilitante. Il ne s'ensuit donc pas qu'elle soit habilitée à se prononcer sur des questions de droit générales. Les orga-

one degree or another, must have the power to interpret and apply its own enabling statute. If this were not the case, it would be at the mercy of the parties before it and would never be the master of its own proceedings. The power to refuse to accept a complaint, or to turn down an application, or to refuse to do one of the countless duties that administrative bodies are charged with, does not amount to a power to determine questions of law as envisaged in *Douglas/Kwantlen*, *Cuddy Chicks* and *Tétreault-Gadoury*. To decide otherwise would be to accept that all administrative bodies and tribunals are competent to question the constitutional validity of their enabling statutes, a position this Court has consistently rejected.

56 In his argument, counsel for the Commission focused on the obligation and power granted to the Commission in s. 41(c) of the Act to refuse to deal with a complaint beyond its jurisdiction. In particular he argued that because in exercising this power the Commission often determines whether a given complaint falls within the federal sphere pursuant to the constitutional division of powers, then it followed that the Commission had jurisdiction to consider constitutional questions in general.

57 I am unable to accept this. When deciding whether a complaint falls within its jurisdiction the Commission is bound to look to its enabling statute for the limits of that jurisdiction. Thus it is well accepted that the Commission only has jurisdiction over a complaint when it is in respect to an activity or undertaking within the federal sphere. In making such a determination the Commission must obviously make reference to the constitutional division of powers. Similarly, pursuant to s. 40(1) of the Act the Commission only has jurisdiction over complaints of alleged discriminatory practices. In determining what is a discriminatory practice the Commission is bound by s. 15(c) which states that job termination at the normal age of retirement is not a discriminatory practice. The process of the Commission in determining its jurisdiction over a given complaint through refer-

nismes administratifs doivent tous, à des degrés variables, disposer du pouvoir d'interpréter et d'appliquer leur loi habilitante, sinon ils seraient à la merci des parties comparaisant devant eux et ne seraient jamais maîtres du déroulement des instances. Le pouvoir de refuser de recevoir une plainte, de rejeter une demande ou de refuser d'accomplir une des nombreuses fonctions dont peut être chargé un organisme administratif n'équivaut pas au pouvoir de trancher des questions de droit décrit dans les arrêts *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*. Conclure autrement reviendrait à accepter que les organismes et tribunaux administratifs ont tous compétence pour examiner la constitutionnalité de leur loi habilitante, thèse que notre Cour a toujours rejetée.

L'avocat de la Commission a centré son argumentation sur l'obligation faite à la Commission, à l'al. 41c) de la Loi, de refuser de statuer sur une plainte qui n'est pas de sa compétence et sur le pouvoir que la disposition lui confère à cet égard. Plus particulièrement, il a fait valoir que, parce qu'elle est souvent appelée, dans l'exercice de ce pouvoir, à déterminer si une plainte relève d'un champ de compétence fédéral conformément au partage constitutionnel des pouvoirs, il s'ensuit que la Commission a compétence pour examiner des questions constitutionnelles en général.

Je ne puis me rendre à cet argument. Lorsqu'elle détermine si une plainte ressortit à sa compétence, la Commission doit respecter les limites que sa loi habilitante impose à cette compétence. Ainsi, il est reconnu que la Commission n'a compétence à l'égard d'une plainte que lorsque celle-ci a trait à une activité ou entreprise de nature fédérale. Pour décider de cette question, la Commission doit, de toute évidence, se reporter au partage constitutionnel des pouvoirs. De la même façon, le par. 40(1) de la Loi limite la compétence de la Commission aux plaintes concernant des actes qui seraient discriminatoires. Pour déterminer ce qui constitue un acte discriminatoire, la Commission est liée par l'al. 15c), lequel dispose que le fait de mettre fin à un emploi à l'âge de la retraite en vigueur n'est pas un acte discriminatoire. La démarche suivie par la Commission, lorsqu'elle détermine si elle a com-

ence to the provisions of the Act is conceptually different from subjecting the same provisions to *Charter* scrutiny. The former represents an application of Parliament's intent as reflected in the Act while the latter involves ignoring that intent.

The role of the Commission as an administrative and screening body, with no appreciable and adjudicative role, is a clear indication that Parliament did not intend the Commission to have the power to consider questions of law. There is simply nothing in the Act indicating that the Commission has the mandate which the appellants and the Commission would wish it to have. This point was succinctly and directly addressed by Marceau J.A. in his reasons. He stated, at p. D/95:

It is clear to me that the terms used in the *Canadian Human Rights Act* contain nothing that could even remotely suggest an intention on the part of Parliament of allowing the Human Rights Commission, whose role is purely administrative, . . . to dispute the constitutional validity of legislative provisions governing their activity.

Practical Considerations

It must be recognized at the outset that practical considerations cannot dictate the outcome of the issue presently before this Court. As I have already emphasized, the focus of the Court's inquiry must be the mandate given to the Commission by Parliament. In such an endeavour practical considerations may be of assistance in determining the intention of Parliament, but they are not determinative. Thus in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, the Court found that the Board of Referees under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, had no jurisdiction to consider the constitutionality of its enabling statute, notwithstanding the fact that certain practical advantages argued in favour of granting the Board such a jurisdiction.

pétence sur une plainte donnée en se reportant aux dispositions de la Loi, diffère conceptuellement de celle qui consiste à examiner les dispositions de cette loi sous l'angle de la *Charte*. La première démarche constitue l'application de l'intention du législateur telle qu'elle ressort de la Loi, tandis que la seconde revient à ne pas tenir compte de cette intention.

Les fonctions d'administration et d'examen préalable qui sont dévolues à la Commission et l'absence de rôle important et décisionnel indiquent manifestement que le législateur n'avait pas l'intention de conférer à cet organisme le pouvoir d'examiner des questions de droit. Il n'y a tout simplement rien dans la Loi qui puisse permettre de conclure que la Commission a le mandat qui, d'après elle et d'après les appelants, lui aurait été dévolu. Le juge Marceau a directement et succinctement examiné ce point dans ses motifs. Il s'est exprimé ainsi, à la p. D/95:

Selon moi, il est clair que le libellé de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne contient aucune disposition qui pourrait laisser entendre, même très vaguement, que le législateur avait l'intention de permettre à la Commission des droits de la personne — dont le rôle est purement administratif [. . .] — de contester la validité constitutionnelle des dispositions législatives régissant [son] fonctionnement.

Considérations d'ordre pratique

Il faut reconnaître d'entrée de jeu que les considérations d'ordre pratique ne peuvent dicter l'issue de la question dont la Cour est saisie. Comme je l'ai déjà souligné, l'examen de la Cour doit porter principalement sur le mandat que le législateur a confié à la Commission. Ces considérations peuvent, dans un tel examen, servir à mettre en lumière l'intention du législateur, mais elles ne sont pas déterminantes. Ainsi, notre Cour a jugé, dans *Tétreault-Gadoury*, précité, que le conseil arbitral établi en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, n'avait pas compétence pour statuer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante, même si certains avantages pratiques militaient en faveur de l'octroi d'une telle compétence au conseil.

60

In the present case the practical advantages in having the Commission consider the constitutionality of its own statute are limited. First, since the Commission is not an adjudicative body it cannot be considered a proper forum in which to address fundamental constitutional issues. As this Court has previously found, there is no requirement for anything more than a “paper hearing” for the parties before the Commission. Although I readily acknowledge that the informal and accessible process of administrative bodies may well be a considerable advantage to a party, as compared to the regular court system, there comes a point where a body such as the Commission simply does not have the mechanism in place to adequately deal with multifaceted constitutional issues. For example, the Commission is not bound by the traditional rules of evidence. This means that it is open to the Commission to receive unsworn evidence, hearsay evidence, and simple opinion evidence. Such an unrestricted flow of information may be well suited to deciding the threshold question facing the Commission, but it is inappropriate when determining the constitutional validity of a legislative provision. In the latter case, suitable evidentiary safeguards are desirable. Related to this problem is the concern that one of the aims of the Commission, to deal with human right complaints in an accessible, efficient and timely manner, would be disrupted and interfered with by allowing the parties to raise constitutional issues before the Commission. Such issues would of necessity require a more involved and lengthy process than is presently the case. In my view, it was not the intention of Parliament that the Commission’s screening function become entangled in this manner.

En l’espèce, les avantages pratiques qui pourraient découler du pouvoir de la Commission d’examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante sont limités. Premièrement, n’étant pas un organisme décisionnel, la Commission ne peut être considérée comme un forum approprié pour l’examen de questions constitutionnelles fondamentales. Comme notre Cour en a déjà décidé, les parties devant la Commission ne peuvent exiger plus qu’une audition sur dossier. Bien que je sois tout à fait prêt à reconnaître que l’absence de formalisme et le caractère accessible du processus suivi par les organismes administratifs puissent constituer des avantages importants pour une partie par rapport au système judiciaire habituel, j’estime que ces organismes ne disposent tout simplement pas des mécanismes nécessaires pour examiner correctement des questions constitutionnelles complexes. Par exemple, la Commission n’est pas liée par les règles de preuve ordinaires. Elle peut donc recevoir les dépositions de témoins non assermentés, la preuve par oui-dire et de simples témoignages d’opinion. Il se peut fort bien que ce flux non endigué de renseignements convienne à la détermination de la question préliminaire que doit trancher la Commission, mais il est incompatible avec celle de la constitutionnalité d’une disposition législative. Il est souhaitable, dans ce dernier cas, de mettre en place des garanties appropriées en matière de preuve. Se greffe de plus à ce problème la crainte qu’en permettant aux parties de soulever des questions constitutionnelles devant la Commission, on nuise à l’un des objets de cet organisme, qui est de traiter les plaintes en matière de droits de la personne d’une façon qui soit accessible, efficace et diligente. En effet, ce genre de questions suppose nécessairement un processus plus complexe et plus long que celui qui existe actuellement. À mon avis, le législateur fédéral n’avait pas l’intention que cet examen préalable par la Commission devienne si compliqué.

61

A second and more telling problem in the case of the Commission is its lack of expertise. In *Tétreault-Gadoury*, *supra*, I pointed out, at p. 34, that an Umpire under the *Unemployment Insurance Act* was a Federal Court judge which would ensure that a complainant received “a capable determina-

Un deuxième problème, plus significatif, se pose, celui de l’absence d’expertise de la Commission. Dans *Tétreault-Gadoury*, précité, à la p. 34, j’ai fait remarquer qu’un arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l’assurance-chômage* était un juge de la Cour fédérale, qui veillerait à ce que «la ques-

tion of the constitutional issue". Similarly in both *Douglas/Kwantlen* and in *Cuddy Chicks*, *supra*, the expertise of labour boards and the assistance they could bring to bear on the resolution of constitutional issues was recognized. In contrast this Court has made clear in *Mossop*, *supra*, at pp. 584-85, and reiterated in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at pp. 599-600, that a human rights tribunal, unlike a labour arbitrator or labour board, has no special expertise with respect to questions of law. What is true of a tribunal is even more true of the Commission which, as was noted in *Mossop*, is lacking the adjudicative role of a tribunal.

To my mind the relevant practical considerations do not argue in favour of having the Commission consider *Charter* issues. Without question there is on the surface an attraction and efficiency, at least for the complainant, in having the constitutional matter first heard by the Commission. That will always be so, however, and in the present situation I am of the view that the reality would in fact be different. It is likely that in a case such as the one presently before us the decision of the Commission on the validity of a provision of the Act under the *Charter* would be the subject of judicial review proceedings in the Federal Court. It would be more efficient, both to the parties and to the system in general, to have a complainant seek a declaration of constitutional invalidity in either the Federal Court or a provincial superior court. In such a setting the question can be debated in the fullness it requires and the proper expertise can be brought to bear on its resolution.

The Jurisdiction of a Tribunal under the Act

Given my finding that the Commission does not have the jurisdiction to question the constitutional validity of its enabling statute, it logically follows that a tribunal appointed under the Act, and indeed a review tribunal appointed pursuant to s. 56, must

tion constitutionnelle s[oit] tranchée avec compétence». De la même façon, l'expertise des commissions des relations du travail et l'aide qu'elles pouvaient apporter à la résolution des questions constitutionnelles ont été reconnues dans *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, précités. En revanche, notre Cour a clairement exprimé, dans *Mossop*, précité, aux pp. 584 et 585, et réitéré dans *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, aux pp. 599 et 600, qu'un tribunal des droits de la personne, contrairement à un arbitre ou à un conseil des relations du travail, n'a pas d'expertise particulière en ce qui a trait aux questions de droit. Ce qui est vrai pour un tribunal des droits de la personne l'est encore plus pour la Commission qui, comme notre Cour l'a signalé dans *Mossop*, n'a pas le rôle décisionnel d'un tribunal des droits de la personne.

Selon moi, les considérations d'ordre pratique pertinentes ne militent pas en faveur de l'existence d'un pouvoir de la Commission d'examiner des questions relevant de la *Charte*. Il ne fait aucun doute qu'au premier coup d'œil, la possibilité que la Commission statue d'abord sur les questions constitutionnelles paraît attrayante et efficace, du moins pour les plaignants. Il en sera toutefois toujours ainsi et, en l'espèce, j'estime que la réalité serait tout autre. Il est probable que dans une affaire comme celle qui nous est soumise, la décision de la Commission sur la validité d'une disposition de la Loi au regard de la *Charte* ferait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Il serait plus efficace, pour les parties et pour le système en général, que le plaignant demande à la Cour fédérale ou à une cour supérieure provinciale de rendre un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. Dans un tel cadre la question peut être examinée comme il convient et sa solution peut bénéficier de l'expertise nécessaire.

La compétence d'un tribunal constitué en vertu de la Loi

Il découle logiquement de ma conclusion selon laquelle la Commission n'a pas compétence pour examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante, qu'un tribunal constitué en vertu de la Loi et, en fait, un tribunal d'appel formé en vertu de l'art. 56,

also lack the jurisdiction to declare unconstitutional a limiting provision of the Act. Take for example the case presently before us: if the Commission must apply the Act as it is written, then the appellants cannot get their complaint before a tribunal, depending as it does on s. 15(c) being found to be inoperative. The same is true of any complaint that requires the Commission to arrive at a decision on a constitutional matter before being able to find that the complaint warrants further inquiry by a tribunal. It would be something of a paradox for Parliament to grant tribunals under the Act a jurisdiction that could never be exercised.

sont également dépourvus de la compétence pour déclarer inconstitutionnelle une disposition limitative de la Loi. Prenons l'exemple de la présente espèce: si la Commission doit appliquer la Loi telle qu'elle est énoncée, la plainte des appelants ne pourra être déferée à un tribunal, puisqu'il faudrait pour cela que l'al. 15c) soit déclaré inopérant. Il en irait de même de toute plainte qui nécessiterait que la Commission tranche une question constitutionnelle avant de pouvoir conclure qu'il est justifié de déferer la plainte à un tribunal pour qu'il fasse enquête. Il serait quelque peu paradoxal que le législateur confère aux tribunaux constitués en vertu de la Loi une compétence qu'ils ne pourraient jamais exercer.

64

As with the Commission there is no explicit power given to a tribunal to consider questions of law. Taken together, ss. 50(1) and 53(2) of the Act state that a tribunal shall inquire into the complaint referred to it by the Commission to determine if it is substantiated. This is primarily and essentially a fact-finding inquiry with the aim of establishing whether or not a discriminatory practice occurred. In the course of such an inquiry a tribunal may indeed consider questions of law. As with the Commission, these questions will often centre around the interpretation of the enabling legislation. However, unlike the Commission, it is implicit in the scheme of the Act that a tribunal possess a more general power to deal with questions of law. Thus tribunals have been recognized as having jurisdiction to interpret statutes other than the Act (see *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.)) and as having jurisdiction to consider constitutional questions other than those noted above. In particular, it is well accepted that a tribunal has the power to address questions on the constitutional division of powers (*Public Service Alliance of Canada v. Qu'Appelle Indian Residential Council* (1986), 7 C.H.R.R. D/3600 (C.H.R.T.)), on the validity of a ground of discrimination under the Act (*Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450 (C.H.R.T.)), and it is foreseeable that a tribunal could entertain *Charter* arguments on the constitutionality of available remedies in a particular case (see *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3

Comme pour la Commission, la Loi ne confère pas expressément à ces tribunaux le pouvoir d'examiner des questions de droit. Pris ensemble, les par. 50(1) et 53(2) de la Loi disposent qu'un tribunal examine l'objet de la plainte qui lui est déferée par la Commission pour déterminer si elle est fondée. Il s'agit d'abord et avant tout d'une enquête portant sur l'appréciation des faits, qui vise à établir si oui ou non un acte discriminatoire a été commis. Au cours d'une telle enquête, un tribunal peut effectivement examiner des questions de droit. Comme dans le cas de la Commission, ces questions porteront souvent essentiellement sur l'interprétation à donner à la loi habilitante. Cependant, contrairement à ce qui en est pour la Commission, l'économie de la loi pose implicitement qu'un tribunal possède une compétence plus générale de statuer sur les questions de droit. Ainsi, on a reconnu aux tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter d'autres lois que leur loi habilitante (voir *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.)) et d'examiner des questions constitutionnelles autres que celles mentionnées ci-dessus. En particulier, il est bien établi qu'un tribunal administratif a le pouvoir d'examiner des questions portant sur le partage des compétences constitutionnelles (*Public Service Alliance of Canada c. Qu'Appelle Indian Residential Council* (1986), 7 C.H.R.R. D/3600 (T.C.D.P.)), et sur la validité d'un motif de discrimination visé dans la Loi (*Nealy c. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450 (T.C.D.P.)), et on peut envisager qu'un tri-

S.C.R. 892). Even in such instances, however, the legal findings of a tribunal receive no deference from the courts. This position was firmly established by this Court in *Mossop, supra*, at p. 585:

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform.

I would add a practical note of caution with respect to a tribunal's jurisdiction to consider *Charter* arguments. First, as already noted, a tribunal does not have any special expertise except in the area of factual determinations in the human rights context. Second, any efficiencies that are *prima facie* gained by avoiding the court system will be lost when the inevitable judicial review proceeding is brought in the Federal Court. Third, the unfettered ability of a tribunal to accept any evidence it sees fit is well suited to a human rights complaint determination but is inappropriate when addressing the constitutionality of a legislative provision. Finally, and perhaps most decisively, the added complexity, cost, and time that would be involved when a tribunal is to hear a constitutional question would erode to a large degree the primary goal sought in creating the tribunals, i.e., the efficient and timely adjudication of human rights complaints.

Taking all these factors into consideration, I am of the view that while a tribunal may have jurisdiction to consider general legal and constitutional

bunal puisse entendre une argumentation fondée sur la *Charte* quant à la constitutionnalité des recours disponibles dans une affaire donnée (voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892). Cependant, même dans ce cas, la règle de la retenue judiciaire ne s'appliquera pas aux conclusions juridiques formulées. C'est ce que notre Cour a fermement établi dans *Mossop*, précité, à la p. 585:

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice.

J'ajouterais une mise en garde pratique en ce qui concerne le pouvoir d'un tribunal des droits de la personne d'examiner des arguments fondés sur la *Charte*. Premièrement, comme il en a déjà été fait état, un tel tribunal ne dispose pas toujours d'une expertise particulière, exception faite du domaine de l'appréciation des faits dans un contexte de droits de la personne. Deuxièmement, les gains en efficacité que semble à première vue procurer la voie permettant d'éviter le système judiciaire disparaissent lorsque les inévitables demandes de contrôle judiciaire sont déposées devant la Cour fédérale. Troisièmement, si la capacité absolue de recevoir toute preuve jugée utile peut convenir pour trancher une plainte en matière de droits de la personne, elle n'est pas appropriée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Enfin, la raison peut-être la plus déterminante est que la complexité, les coûts et les délais accrus qui découleraient de la possibilité pour les tribunaux des droits de la personne d'entendre des questions constitutionnelles mine-raient, dans une large mesure, l'objectif principal poursuivi par la création de ces tribunaux, savoir le traitement efficace et diligent des plaintes en matière de droits de la personne.

Compte tenu de tous ces facteurs, j'estime que, bien qu'il puisse avoir la compétence d'examiner des questions de droit et des questions constitu-

questions, logic demands that it has no ability to question the constitutional validity of a limiting provision of the Act.

Conclusion

67 To conclude, the Canadian Human Rights Commission has no jurisdiction under the *Canadian Human Rights Act* to subject provisions of that statute to constitutional scrutiny. The Commission is limited in its jurisdiction by the dictates of the Act. Similarly, a tribunal appointed at the request of the Commission is also without jurisdiction to determine the constitutional validity of limiting provisions of the Act.

68 Accordingly, I would dismiss the appeals. There should be no order as to costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

I. Introduction

69 In 1977 the Parliament of Canada enacted the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C., 1985, c. H-6), aimed at promoting equal treatment in the workplace and other areas. In 1982, this country adopted as part of our constitution the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guaranteed to Canadians the right to equal treatment under the law. The *Constitution Act, 1982* declared in s. 52 that all laws, to the extent that they violate its guarantees, are invalid. The appellants argue that a provision of the *Canadian Human Rights Act* which permits an employer to retire an employee where the employee has reached "the normal age of retirement for employees working in [similar] positions" conflicts with the *Charter* and is hence invalid. Everyone agrees that the issue of whether a section of the *Canadian Human Rights Act* has been invalidated by s. 15 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is an important issue for the appellants and for

tionnelles d'ordre général, un tribunal des droits de la personne ne peut logiquement avoir la compétence qui lui permettrait de mettre en cause la constitutionnalité d'une disposition limitative de la Loi.

Conclusion

En conclusion, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne donne pas à la Commission canadienne des droits de la personne compétence pour examiner la constitutionnalité de ses dispositions. La compétence de la Commission est circonscrite par les prescriptions de la Loi. De la même façon, un tribunal constitué à la demande de la Commission n'a pas non plus compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions limitatives de la Loi.

Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois. Il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

I. Introduction

En 1977, le Parlement du Canada a édicté la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), afin de promouvoir l'égalité de traitement au travail et dans d'autres secteurs d'activité. En 1982, le pays a adopté la *Charte canadienne des droits et libertés*, un document constitutionnel qui garantit l'égalité de traitement dans la loi à tous les Canadiens. La *Loi constitutionnelle de 1982* déclare, à l'art. 52, que les lois qui violent les garanties constitutionnelles sont inopérantes. Les appelants soutiennent que la disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui permet la mise à la retraite d'un employé lorsque celui-ci a atteint «l'âge de la retraite en vigueur pour [le] genre d'emploi» qu'il occupe est incompatible avec la *Charte* et donc inconstitutionnelle. Personne ne conteste qu'il est important pour les appelants et pour les Canadiens en général de savoir si l'art. 15 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi*

Canadians generally. Everyone also agrees that the *Charter* overrides the *Human Rights Act* if the latter fails to meet its requirements. Yet, a majority of this Court would assert that the Canadian Human Rights Commission has no power to consider the appellants' argument that the Act's defence of normal retirement for the industry is unconstitutional. The Commission is obliged to proceed, it asserts, as though the *Charter* did not exist and the statute's validity had not been called into question, and hence to dismiss the appellant's complaint — a complaint which, if s. 52 of the *Constitution Act, 1982* means what it says, may well be valid. Why is the Commission compelled to ignore the central legal question posed by these appeals and proceed in this artificial manner? Because, in the view of the majority, it lacks the power to consider *Charter* issues.

In my respectful view, the majority approach depreciates the language of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, makes it more difficult for the Human Rights Commission to fulfil its mandate, and places burdens on the victims of discrimination in their fight for equality that Parliament cannot have intended. If this is the clear effect of the Act and the law, then these results, however illogical, unjust and inconvenient they may be, must be accepted. But, unlike the majority, I do not find this to be the clear effect of the law. In my view, every tribunal charged with the duty of deciding issues of law has the concomitant power to do so. The fact that the question of law concerns the effect of the *Charter* does not change the matter. The *Charter* is not some holy grail which only judicial initiatives of the superior courts may touch. The *Charter* belongs to the people. All law and law-makers that touch the people must conform to it. Tribunals and commissions charged with deciding legal issues are no exception. Many more citizens have their rights determined by these tribu-

constitutionnelle de 1982 rendent nulle une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, adoptée en 1978. Personne ne conteste non plus que la *Charte* a préséance sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne* si cette dernière va à l'encontre des exigences prévues par la *Charte*. Pourtant, la Cour, à la majorité, est d'avis que la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas compétence pour examiner l'argument des appelants selon lequel le moyen de défense fondé sur l'âge de la retraite en vigueur dans l'industrie visée est inconstitutionnel. Elle affirme que la Commission est obligée de faire comme si la *Charte* n'existait pas et comme si la validité de la Loi n'avait pas été contestée et doit, par conséquent, rejeter la plainte des appelants, qui pourrait bien être fondée si l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit bien ce qu'il exprime. Pourquoi la Commission est-elle contrainte de ne pas prendre en considération la question juridique essentielle soulevée par les présents pourvois et de procéder de façon aussi artificielle? Parce que, de l'avis des juges majoritaires, elle n'a pas le pouvoir d'examiner des questions relevant de la *Charte*.

J'estime, en toute déférence, que cette opinion des juges majoritaires ne rend pas justice au libellé de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle complique l'exécution du mandat de la Commission des droits de la personne et qu'elle impose aux victimes de discrimination qui veulent faire reconnaître leur droit à l'égalité un fardeau que le législateur ne pouvait avoir envisagé. Si la Loi et les règles de droit ont clairement cet effet, alors il faut l'accepter, quelque illogique, injuste et inadéquat qu'il puisse être. Cependant, contrairement aux juges de la majorité, je ne crois pas que ce soit le cas. J'estime que tout tribunal qui est appelé à trancher des questions de droit dispose des pouvoirs afférents à cette tâche. Le fait que la question de droit porte sur les effets de la *Charte* ne change rien. La *Charte* n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. C'est un document qui appartient aux citoyens, et les lois ayant des effets sur les citoyens ainsi que les législateurs qui les adoptent doivent s'y conformer. Les tribunaux administratifs et les

nals than by the courts. If the *Charter* is to be meaningful to ordinary people, then it must find its expression in the decisions of these tribunals. If Parliament makes it clear that a particular tribunal can decide facts and facts alone, so be it. But if Parliament confers on the tribunal the power to decide questions of law, that power must, in the absence of counter-indications, be taken to extend to the *Charter*, and to the question of whether the *Charter* renders portions of its enabling statute unconstitutional.

commissions qui ont pour tâche de trancher des questions juridiques ne sont pas soustraits à cette règle. Ces organismes déterminent les droits de beaucoup plus de justiciables que les cours de justice. Pour que les citoyens ordinaires voient un sens à la *Charte*, il faut donc que les tribunaux administratifs en tiennent compte dans leurs décisions. Le législateur peut très bien exprimer clairement que la compétence d'un tribunal administratif donné se limite aux seules questions de fait, mais s'il lui confère le pouvoir de trancher des questions de droit, il faut présumer, en l'absence d'indication contraire, que ce pouvoir s'étend à la *Charte* et à la question de savoir si, au regard de celle-ci, certaines dispositions de sa loi habilitante sont inconstitutionnelles.

71 What is at stake may be judged by the case before us. The appellants contend that they are the victims of discrimination on the basis of age. Like many people who bring complaints before human rights tribunals, they have no lawyer. As is usual, they asked the Commission to consider their claim and refer it to a tribunal for investigation and hearing. Consistent with its goal of helping the disadvantaged, the Act establishes procedures for all this to be done at little or no cost to the complainant.

La présente espèce illustre bien les principes en jeu. Les appelants soutiennent qu'ils sont victimes de discrimination fondée sur l'âge. Comme beaucoup de ceux qui déposent une plainte devant un tribunal des droits de la personne, ils ne sont pas représentés par avocat. Ils ont demandé, comme c'est habituellement le cas, que la Commission examine leur plainte et la défère à un tribunal pour qu'il fasse enquête et tienne une audience. La Loi, en conformité avec son objet consistant à aider les personnes désavantagées, établit des mesures pour que ce processus se déroule à peu de frais, sinon sans frais, pour les plaignants.

72 Everyone who appeared before this Court, with the exception of *amicus curiae* appointed at the direction of this Court, agreed that the Commission should be able to initiate proceedings to determine the constitutional validity of the "normal retirement age" exemption of the Act. The appellants, having fought their way all the way to this Court without counsel, submit that the Commission should refer their complaint to a tribunal for consideration of both the facts and the legal issues. The respondent employer, Canadian Airlines, suggests that the Commission should be permitted to refer the legal question to the Federal Court, which will permit it, upon obtaining the answer, to decide whether the complaint has sufficient merit to justify appointing a tribunal. The Canadian Human Rights Commission, for its part, submits that the

Tous ceux qui ont comparu devant notre Cour, exception faite de l'*amicus curiae* qu'elle a désigné, ont convenu que la Commission devrait pouvoir prendre des procédures pour que soit déterminée la constitutionnalité de l'exception prévue par la Loi relativement à «l'âge de la retraite en vigueur». Les appelants, qui ont franchi toutes les étapes judiciaires jusqu'à notre Cour sans avocat, soutiennent que la Commission devrait déférer leur plainte à un tribunal pour que celui-ci procède à l'examen des questions de fait et de droit. L'employeur intimé, Lignes aériennes Canadien International, fait valoir que la Commission devrait pouvoir soumettre les questions juridiques à la Cour fédérale, ce qui lui permettrait, après avoir obtenu les réponses, de déterminer si la plainte paraît suffisamment fondée pour justifier la consti-

Commission has the power as a screening body to consider the constitutional issue in a preliminary way and either appoint a tribunal if it finds a meritorious case to be made out considering the law and the facts, or decline to do so if it finds no such case. In the event a tribunal were appointed, the Commission submits that the tribunal would have the power to consider and decide the entire matter, including arguments that the “normal age of retirement” exemption is rendered void by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Aggrieved parties could take appeals to the courts as permitted by the *Canadian Human Rights Act*.

It behooves this Court to ask why every party with a stake in the matter urges this Court to find that the Human Rights Commission may deal with the issue of the constitutionality of the “normal age of retirement” exemption in one way or another. The answer, I venture to suggest, is that this is the result which best achieves the economical and effective resolution of human rights disputes and best serves the values entrenched in the *Canadian Human Rights Act* and the *Charter*.

Applicants like the appellants suffer the greatest prejudice from a ruling that the Commission has no choice but to ignore the *Charter* challenge and to proceed on the basis that the law is valid. They must first launch their complaint with the Human Rights Commission, knowing that this is a useless *pro forma* step. When the complaint is refused, as it inevitably must be, they must then bring an action in Federal Court for a declaration that the section of the *Canadian Human Rights Act* at issue offends the *Charter* and is invalid. The requirement of this *pro forma* step can only serve to discourage complainants from challenging the constitutionality of a provision of the *Canadian Human Rights Act*. Moreover, the Commission itself may

tution d'un tribunal. La Commission canadienne des droits de la personne prétend pour sa part que, du fait de ses fonctions d'examen préalable, elle a le pouvoir de prendre en considération les questions constitutionnelles, à titre de questions préliminaires, et soit de constituer un tribunal s'il juge que la plainte, compte tenu du droit et des faits, mérite d'être instruite, soit de refuser de le faire s'il parvient à la conclusion inverse. Selon la Commission, un tribunal ainsi constitué serait habilité à examiner et à trancher tous les aspects de l'affaire, notamment l'argument selon lequel l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend inopérante l'exception relative à «l'âge de la retraite en vigueur». Les parties déboutées pourraient se prévaloir des droits d'appel devant les tribunaux judiciaires prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Il incombe à notre Cour de se demander pourquoi tous les intéressés, dans le présent pourvoi, exhortent la Cour à conclure que la Commission des droits de la personne peut trancher, d'une façon ou d'une autre, la question de la constitutionnalité de l'exception relative à «l'âge de la retraite en vigueur». Je me permets de proposer comme réponse que c'est parce que cette solution est celle qui permet le mieux de régler les différends en matière de droits de la personne de façon économique et efficace et qui sert le mieux les valeurs inscrites dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans la *Charte*.

La conclusion selon laquelle la Commission n'a pas d'autre choix que de s'abstenir d'examiner la contestation fondée sur la *Charte* et de traiter la plainte comme si la loi était valide est extrêmement préjudiciable pour des requérants comme les appelants. Ils doivent d'abord déposer leur plainte devant la Commission des droits de la personne en sachant qu'il ne s'agit là que d'une étape *pro forma* inutile et, lorsque inévitablement celle-ci est rejetée, ils doivent se tourner vers la Cour fédérale et demander le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la disposition en cause de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas valide parce qu'elle contrevient à la *Charte*. Cette étape *pro forma* obligée ne peut que décourager les

73

74

be unable to refer the constitutionality of a provision of the *Canadian Human Rights Act* to the court: see *Re Rosen*, [1987] 3 F.C. 238, where the Federal Court of Appeal held that it lacked jurisdiction to hear a reference from the Human Rights Commission on a question arguably similar to that raised by this appeal.

plaignants de contester la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. De plus, la Commission elle-même peut être incapable de saisir la cour de la question de la constitutionnalité d'une disposition de cette loi: *Re Rosen*, [1987] 3 C.F. 238, où la Cour d'appel fédérale a statué qu'elle n'avait pas compétence pour connaître d'un renvoi de la Commission canadienne des droits de la personne concernant une question qui, pourrait-on prétendre, serait semblable à celle dont nous sommes saisis en l'espèce.

75 Nor does the process the majority envisions serve the employer; while the employer may be better able to bear the legal expense of a litigation detour than the appellants, the process may never provide an answer to the question of whether its policy violates the *Canadian Human Rights Act*. Unless the private complainants muster courage and enough money to pursue a collateral court challenge to the *Canadian Human Rights Act*, the employer will not know what policy is required to conform to the law and the *Charter*.

Le processus envisagé par les juges majoritaires ne sert pas non plus l'employeur. Bien que celui-ci puisse être plus en mesure que les appelants de supporter les frais juridiques afférents à un détour procédural, il risque de ne jamais obtenir de réponse à la question de la conformité de sa politique à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En effet, il ne saura quelle politique adopter pour se conformer à la loi et à la *Charte* que si les plaignants privés rassemblent assez de courage et d'argent pour entreprendre une procédure judiciaire connexe contestant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

76 Finally, the Canadian public is ill-served by the process proposed by the majority on this appeal. Unless and until private individuals mount a successful court challenge under the *Charter*, administrative agencies like the Canadian Human Rights Commission must proceed to deal with people's rights as though the *Charter* had never been enacted. If and when the *Charter* issue is brought before the courts, it will be decided in a vacuum. Under the majority's suggested process of a declaratory action in Federal Court, there will be no factual record or tribunal findings to assist the courts in deciding whether or not to declare that the impugned section of *Canadian Human Rights Act* offends the *Charter*.

En dernier lieu, le processus proposé par les juges majoritaires dessert également les intérêts des citoyens canadiens car des organismes administratifs comme la Commission canadienne des droits de la personne devront déterminer les droits des plaignants comme si la *Charte* n'avait jamais été adoptée, à moins que des parties privées ne l'invoquent avec succès devant une cour de justice. Dans l'hypothèse où une action fondée sur la *Charte* est intentée, la décision rendue sera détachée de la réalité. En effet, le processus de l'action déclaratoire devant la Cour fédérale, que proposent les juges majoritaires, fait que la cour devra déterminer si la disposition contestée de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* contrevient à la *Charte*, sans disposer d'un dossier factuel ou des conclusions d'un tribunal.

77 Why, one must ask, is it necessary to conclude, against the submissions of all the parties, that the Canadian Human Rights Commission has no jurisdiction to consider, even in its limited capacity as a screening body, the question of whether the "nor-

Pourquoi alors, peut-on se demander, faut-il conclure, à l'encontre des arguments de toutes les parties, que la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas compétence, ne serait-ce qu'en sa qualité restreinte d'organisme d'examen

mal age of retirement” defence may have been invalidated by the *Charter*? In my view, it is not necessary. The authorities, in my opinion, point to a more efficient process, a process which will not place unnecessary roadblocks in the way of complainants like the appellants. The Canadian Human Rights Commission seeks to do only what its statute obliges it to do — to carry out preliminary investigations of complaints and, if warranted, appoint tribunals to investigate and hear them.

II. The Applicable Principles

Two related principles of general application govern the question before us. The first is the general rule that all decision-making tribunals, be they courts or administrative tribunals, are bound to apply the law of the land. In doing so, they apply all the law of the land, including the *Charter*. As this Court, *per* Justice La Forest, stated in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, there cannot be one law for administrative tribunals and another for the courts. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* proclaims the Constitution as the “supreme law” of Canada. Citizens have the same right to expect that it will be followed and applied by the administrative arm of government as by legislators, bureaucrats and the police. If the state sets up an institution to exercise power over people, then the people may properly expect that that institution will apply the *Charter*.

While all tribunals must apply the law of the land, the powers they can exercise in doing so may be limited by Parliament or the Legislature. Save for the superior courts, which enjoy inherent jurisdiction, a tribunal can do only that which its constituent statute empowers it to do. Some tribunals are limited to questions of fact only. Other tribunals are empowered to consider questions of law as well as fact.

préalable, pour étudier la question de savoir si la *Charte* a pu invalider le moyen de défense fondé sur «l’âge de la retraite en vigueur»? À mon avis, cette conclusion ne s’impose pas. La jurisprudence, selon moi, propose un processus plus efficace, qui ne dresse pas d’obstacle inutile devant des plaignants comme les appelants. La Commission canadienne des droits de la personne ne cherche qu’à s’acquitter de l’obligation que sa loi habilitante lui impose: effectuer un examen préalable des plaintes et, dans les cas où cela est justifié, constituer un tribunal pour les examiner et tenir une audience.

II. Les principes applicables

Deux principes connexes d’application générale régissent les questions dont notre Cour est saisie. Aux termes du premier, les organismes décisionnels, qu’il s’agisse de tribunaux judiciaires ou administratifs, sont tenus d’appliquer la loi du pays. Pour ce faire, ils doivent appliquer toute la loi du pays, y compris la *Charte*. Comme notre Cour l’a affirmé dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, sous la plume du juge La Forest, il ne saurait y avoir une loi pour les tribunaux administratifs et une autre pour les cours de justice. L’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* déclare que la Constitution est la «loi suprême» du Canada. Les citoyens peuvent attendre de l’appareil administratif, tout autant que du législateur, des fonctionnaires ou de la police, qu’ils suivent et appliquent cette loi. Si l’État crée un organisme doté de pouvoirs touchant les citoyens, ceux-ci peuvent à bon droit escompter que cet organisme appliquera la *Charte*.

Tous les tribunaux ont l’obligation d’appliquer la loi du pays, mais le législateur peut limiter les pouvoirs susceptibles d’être exercés dans l’exécution de cette obligation. Exception faite des cours supérieures, qui jouissent d’une compétence inhérente, les tribunaux n’ont de pouvoirs que ceux qui leur sont dévolus dans leur loi habilitante. Certains tribunaux doivent se limiter à l’examen de questions de fait, et d’autres sont habilités à se prononcer sur des questions de fait et sur des questions de droit.

78

79

80 Questions of law encompass the meaning to be given to particular provisions of the statute under which the tribunal acts. But other types of legal questions may arise as well. There may be questions of conflicts between the tribunal's constituent statute and other enactments. Or there may be questions, as in the instant appeal, of conflict between the tribunal's constituent statute and the fundamental law of the land, the *Charter*.

81 This Court has repeatedly held that administrative tribunals empowered to decide questions of law may consider *Charter* questions: *Douglas College, supra, Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929. This conclusion reflects the principle that tribunals must apply the law of the land in its entirety. If the tribunal is empowered to decide questions of law, then that power goes not to part of the law but to all the law; absent an indication that Parliament intended to exclude *Charter* issues from the tribunal's purview, the courts should not do so by judicial fiat.

82 The general obligation of tribunals empowered to decide questions of law to apply the *Charter* and render decisions reflecting the *Charter* is confirmed by the court structure dictated by the Constitution of Canada. Unlike many countries, for example Germany and France, the Constitution of Canada does not establish a separate constitutional court which is given exclusive responsibility to decide constitutional questions. Such systems specifically forbid junior tribunals and courts from deciding constitutional issues, which must be referred to the constitutional court. As noted in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *Douglas College, supra*, the Canadian Constitution generally and the *Charter* in particular take another route: lower tribunals are to apply the *Charter* in their decisions. The correctness of their

Les questions de droit englobent l'interprétation des dispositions particulières de la loi régissant un tribunal. Elles comprennent également d'autres types de questions juridiques, comme celle du conflit entre la loi habilitante d'un tribunal et d'autres textes de loi ou, comme en l'espèce, celle du conflit entre la loi habilitante d'un tribunal et la loi fondamentale du pays, la *Charte*.

Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux administratifs investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont compétence pour examiner des questions relevant de la *Charte*: *Douglas College*, précité, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, et *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929. Cette conclusion est conforme au principe voulant que les tribunaux doivent appliquer la loi du pays dans sa totalité. Le pouvoir de trancher des questions de droit, dont un tribunal peut être investi, ne s'exerce pas à l'égard de parties de la loi du pays mais de toute la loi et, à moins d'indication que le législateur a eu l'intention d'exclure les questions relevant de la *Charte* de la compétence d'un tribunal, les cours de justice ne devraient pas les exclure par ordonnance judiciaire.

L'organisation judiciaire prescrite par la Constitution du Canada confirme l'obligation générale qu'assument les tribunaux habilités à trancher des questions de droit d'appliquer la *Charte* et de rendre des décisions conformes à celle-ci. La Constitution canadienne, contrairement à celle de nombreux pays, comme l'Allemagne ou la France, n'établit pas une cour constitutionnelle distincte jouissant d'une compétence exclusive à l'égard des questions relevant de la constitution. Ces régimes interdisent expressément aux tribunaux administratifs et cours de justice d'instance inférieure de trancher de telles questions, qui doivent être déférées à la cour constitutionnelle. Comme notre Cour l'a signalé dans les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *Douglas College*, précité, la Constitution canadienne en général et la *Charte* en par-

Charter rulings will be considered, along with all other matters, on appeal of the case as a whole. Absent specific indications to the contrary, lower courts and tribunals should as a general rule consider such *Charter* issues as may come before them.

The second principle of general application to the question before us is this: a tribunal's ruling that a law is inconsistent with the *Charter* is nothing more, in the final analysis, than a case of applying the law of the land — including the most fundamental law of the land, the Constitution. It is common to speak of courts or tribunals "striking down" or invalidating laws, regulations and government actions, suggesting action that transcends mere application of the law and hence, must be reserved for the highest courts. This view of the *Charter* is, with respect, inaccurate. The *Charter* confers no power on judges or tribunals to strike down laws. The *Constitution Act, 1982*, however, provides that all laws are invalid to the extent that they are inconsistent with the *Charter*. Laws are struck down not by judicial fiat, but by operation of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The task of the judge or decision-maker is to determine whether there is an inconsistency between the law that is challenged and the *Charter* and, if so, its extent. My point is not that this is not an important and powerful role, but rather that we fall into error if we think of the *Charter* as a document that empowers some decision-making bodies to decide *Charter* questions to the exclusion of others. The *Constitution Act, 1982* does not speak in terms of bodies possessing power to invalidate laws. Rather, it pronounces the laws invalid, to the extent of their inconsistency with the *Charter*. The only reference in the *Charter* to decision-making bodies deals not with the invalidity of the laws that conflict with the *Charter*, but with enforcement. Section 24(1) provides that a person whose rights are infringed or denied "may apply to a court of competent jurisdiction" for a remedy, and s. 24(2) permits a court to exclude evidence taken in violation of the *Charter*. The fact that invalidation of

ticulier tracent une autre voie: les instances inférieures sont tenues d'appliquer la *Charte*. La justesse de leurs décisions quant à la *Charte* est examinée, avec toutes les autres questions, dans le cadre de l'appel de la décision dans son ensemble. À moins d'indication contraire, les cours de justice et tribunaux administratifs d'instance inférieure devraient, en règle générale, examiner les questions relatives à la *Charte* qui leur sont soumises.

Le second principe d'application générale pertinent en l'espèce veut que la décision d'un tribunal selon laquelle une règle de droit contrevient à la *Charte* n'est, en dernière analyse, rien d'autre que l'application de la loi du pays, et notamment de sa loi fondamentale, la Constitution. On dit communément des cours de justice ou des tribunaux administratifs qu'ils invalident des dispositions législatives ou réglementaires ou annulent des actions gouvernementales, suggérant par là que ce type de décision transcende la simple application de la loi et devrait donc être réservée aux cours supérieures. J'estime, en toute déférence, que cette perception de la *Charte* est inexacte. La *Charte* n'investit pas les juges ou les tribunaux administratifs du pouvoir d'invalider des lois. Cependant, la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce que toute loi incompatible avec ses dispositions est inopérante. Les dispositions législatives ne sont pas inopérantes du fait d'ordonnances judiciaires mais en raison de l'opération de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge ou le décideur doit déterminer s'il y a incompatibilité entre la loi contestée et la *Charte* et, le cas échéant, la portée de cette incompatibilité. Mon propos n'est pas de diminuer l'importance et la portée de ce rôle mais de signaler que l'on commet une erreur si l'on perçoit la *Charte* comme un document habilitant certains organismes décisionnels à trancher des questions relevant de la *Charte* et refusant cette capacité à d'autres. La *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait pas mention d'organismes qui auraient le pouvoir d'invalider des lois. Elle déclare inopérantes les lois incompatibles avec la *Charte*. Lorsque, dans la *Charte*, il est question d'organismes décisionnels, ce n'est pas en rapport avec l'invalidité des lois incompatibles avec la *Charte*, mais uniquement en rapport avec les recours. Le para-

laws under the *Charter* is linked to inconsistency rather than the action of a particular court, undercuts the suggestion that striking down laws under the *Charter* is the prerogative of a particular court.

84 These general considerations suggest that any tribunal empowered to decide legal questions should be able to rule on the legal question of inconsistency with the *Charter* where this issue comes before them. The jurisprudence of this Court supports that view. It confirms a distinction between the duty of a tribunal to apply the Constitution in the course of performing its statutory mandate, and the power to grant *Charter* remedies under s. 24. Only in the latter case does the question of whether the tribunal is “competent” arise. In the former, the tribunal must consider and apply the *Charter*.

85 This distinction was made by La Forest J. in *Douglas College, supra*, speaking for the majority of the Court on this point. In that case, the issue was whether an arbitrator, applying a collective agreement governed by the British Columbia *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, was entitled to consider arguments that certain sections of the Code relating to mandatory retirement violated the *Charter*. The issue was identical to the issue posed in this case, except that there the decision-maker was an arbitrator under the *Labour Code* while here the decision-maker is the Canadian Human Rights Commission under the *Canadian Human Rights Act*.

86 La Forest J. began his consideration of the jurisdiction of the arbitrator to apply the *Charter* by noting the Court of Appeal in finding jurisdiction stated that it was unnecessary to consider the question of whether the arbitrator was “a court of com-

graphe 24(1) dispose qu’une personne dont les droits ont été violés ou niés, peut «s’adresser à un tribunal compétent» pour obtenir réparation, et le par. 24(2) permet d’écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Le fait que l’invalidation des lois sous le régime de la *Charte* soit liée à l’incompatibilité et non à l’action d’une cour de justice donnée contredit l’idée que cette fonction est l’apanage d’une cour particulière.

Ces considérations générales donnent à penser que tout tribunal habilité à se prononcer sur des questions de droit devrait pouvoir statuer sur la question juridique de l’incompatibilité d’une disposition avec la *Charte* si ce point lui est soumis. La jurisprudence de notre Cour étaye une telle position. Elle confirme l’existence d’une distinction entre l’obligation d’un tribunal administratif d’appliquer la Constitution dans l’exécution du mandat que le législateur lui a confié et le pouvoir d’accorder une réparation sous le régime de l’art. 24. La question de la compétence du tribunal ne se pose que dans ce dernier cas. Dans le premier, le tribunal a l’obligation d’examiner et d’appliquer la *Charte*.

Cette distinction a été établie dans *Douglas College*, précité, par le juge La Forest, qui se prononçait au nom de la majorité sur cette question. Il s’agissait, dans ce pourvoi, de déterminer si un arbitre pouvait, dans le cadre de l’application d’une convention collective régie par le *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 212, examiner l’argument selon lequel des dispositions du Code relatives à la retraite obligatoire contrevenaient à la *Charte*. La question qui se posait était la même qu’en l’espèce, à la différence près que l’organisme décisionnel était un arbitre nommé en vertu du *Labour Code*, dans l’affaire précitée, et non la Commission canadienne des droits de la personne, constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, comme en l’espèce.

Le juge La Forest a commencé son analyse de la compétence de l’arbitre en matière d’application de la *Charte* en signalant que la Cour d’appel, en concluant à l’existence de cette compétence, a affirmé qu’il n’y avait pas lieu d’examiner la ques-

petent jurisdiction” since no relief was sought under s. 24(1) (at p. 587). In the course of a careful review of the authorities, he stated, at p. 591, that the “predominant position among the courts is that in the exercise of its statutory mandate, a tribunal is empowered to examine and rule upon the constitutional validity of a statute it is called upon to apply”. Later, he opined, at p. 594, that a tribunal “performing what it was by law empowered to do. . . was entitled not only to construe the relevant legislation but to determine whether that legislation was validly enacted (emphasis added). He elaborated by reference to s. 52 of the Constitution:

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada — the supreme law of the land — is, to the extent of its inconsistency, of no force or effect. A tribunal must respect the Constitution so that if it finds invalid a law it is called upon to apply, it is bound to treat it as having no force or effect. [Emphasis added.]

La Forest J. went on to state that if a tribunal were asked to address a *Charter* matter outside its mandate, for example a special remedy under s. 24(1) of the *Charter*, the result might be otherwise. He concluded by underlining “[t]he distinction . . . between the exercise of the power conferred by s. 24(1) of the *Charter* and the duty of a tribunal to apply the Constitution in the course of performing its statutory mandate” (p. 595). The same distinction was made by Wilson J., L’Heureux-Dubé J. concurring. In the result, this Court unanimously held that the arbitrator had the power, in the course of rendering his decision on the complaint against mandatory retirement, to consider whether the Code’s retirement provision violated the *Charter*.

This Court applied the same principles in *Tétreault-Gadoury, supra*. Again, the issue was age discrimination and the ability of a tribunal to consider whether a statute violated the equality guarantee of the *Charter*. This time the statute was the *Unemployment Insurance Act, 1971, S.C.*

tion de savoir si l’arbitre était «un tribunal compétent» puisque aucune réparation n’était demandée en vertu du par. 24(1) (à la p. 587). Dans son analyse fouillée de la jurisprudence, il a écrit, à la p. 591, que l’«opinion prédominante des tribunaux est que, dans l’exercice du mandat conféré par la loi, un tribunal a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle d’une loi qu’il est appelé à appliquer». Plus loin, à la p. 594, il a émis l’opinion qu’un tribunal qui «faisait ce qu’il avait le pouvoir de faire en vertu de la loi [. . .] avait non seulement le pouvoir d’interpréter les dispositions législatives pertinentes, mais aussi celui de décider si la loi avait été adoptée valablement» (je souligne). Il a précisé relativement à l’art. 52 de la Constitution:

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution — la loi suprême du Canada — rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Un tribunal doit respecter la Constitution de sorte que, s’il conclut que la loi qu’on lui demande d’appliquer est invalide, il doit la traiter comme si elle était inopérante. [Je souligne.]

Il a ajouté que si l’on demandait à un tribunal de statuer sur une question relative à la *Charte* qui ne relevait pas de son mandat, par exemple l’octroi d’une réparation visée au par. 24(1), le résultat pourrait être différent. Il a conclu en soulignant «[l]a distinction [. . .] entre l’exercice du pouvoir conféré par le par. 24(1) de la *Charte* et l’obligation d’un tribunal d’appliquer la Constitution dans le cadre de l’exécution du mandat conféré par la loi» (p. 595). Les juges Wilson et L’Heureux-Dubé, qui ont souscrit aux motifs du juge La Forest, ont établi la même distinction. Finalement, la Cour a statué à l’unanimité que l’arbitre avait, pour rendre sa décision sur la plainte contre la retraite obligatoire, le pouvoir d’examiner si les dispositions du Code en cette matière contrevenaient à la *Charte*.

Notre Cour a appliqué les mêmes principes dans *Tétreault-Gadoury, précité*. Cette affaire portait, elle aussi, sur une plainte de discrimination fondée sur l’âge et sur la compétence d’un tribunal d’examiner si une loi violait le droit à l’égalité garanti par la *Charte*. La loi en cause, cette fois, était la

1970-71-72, c. 48, which denied benefits to those over 65. The Board of Referees to which an appeal from denial of benefits was taken refused to consider the *Charter* question. The Federal Court of Appeal held that the Board had erred in refusing to consider the *Charter*. This Court, *per* La Forest J. reversed that decision on the ground that the statute did not give the Board the power to decide questions of law. The Act conferred that power on another administrative tribunal in the scheme — the Umpire. Applying the test set out in *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, it was the Umpire who was charged with interpreting the law and applying the *Charter*. La Forest J. underlined the practical reasons for permitting administrative tribunals to apply the *Charter* (at pp. 35-36): “one of the major advantages . . . is the relative accessibility such bodies provide in comparison with the regular court system”. Another (at p. 36) is “that specialized expertise may be brought to bear on the issue. . . . The umpire will possess a certain insight, based upon broad experience with respect to the legislative scheme, that will render his or her contribution to the determination of the constitutional question a valuable one”. These advantages, he noted, were preserved in the system at issue by permitting the Umpire to apply the *Charter*.

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, qui excluait de son régime de prestations les personnes âgées de plus de 65 ans. Le conseil arbitral qui a entendu l'appel interjeté contre l'exclusion des prestations a refusé d'examiner la question relative à la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a statué que le conseil arbitral avait commis une erreur en n'acceptant pas d'examiner cette question. Notre Cour, sous la plume du juge La Forest, a infirmé cette décision parce que la loi ne donnait pas au conseil le pouvoir de statuer sur des questions de droit. C'était un autre tribunal administratif créé sous le régime de cette loi qui pouvait exercer ce pouvoir, savoir le juge-arbitre. D'après le critère établi dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, c'était au juge-arbitre qu'il revenait d'interpréter la loi et d'appliquer la *Charte*. Le juge La Forest a souligné les avantages pratiques liés au fait de permettre aux tribunaux administratifs d'appliquer la *Charte* (aux pp. 35 et 36): «l'un des principaux avantages [. . .] est l'accessibilité relative de ces organismes comparativement au système judiciaire normal». Un autre avantage dont il fait état (à la p. 36) est «celui de pouvoir compter sur l'expertise du tribunal. Grâce à sa vaste expérience de l'économie de la loi, le juge-arbitre apportera un éclairage qui rendra précieuse sa contribution à la décision sur la question constitutionnelle». Selon le juge La Forest, c'est le fait de permettre au juge-arbitre d'appliquer la *Charte* qui préserve ces avantages dans le régime visé.

88

This Court applied the same principles in *Cuddy Chicks* to conclude that the Ontario Labour Relations Board had the power to apply the Ontario's *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, in determining whether a provision of the Act violated the *Charter's* guarantee of freedom of association. La Forest J., after noting that the legislation empowered the Board to determine questions of law, wrote at p. 15: “The issue . . . is whether this authority with respect to questions of law can encompass the question of whether a law violates the *Charter*. It is clear to me that a *Charter* issue must constitute a question of law; indeed, the

Notre Cour a appliqué les mêmes principes dans *Cuddy Chicks*, et elle a conclu que la Commission des relations de travail de l'Ontario avait le pouvoir d'appliquer la *Charte* pour déterminer si une disposition de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, portait atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*. Le juge La Forest, après avoir constaté que la Commission était habilitée par la loi à trancher des questions de droit, s'est exprimé ainsi (à la p. 15): «Il s'agit [. . .] de déterminer si ce pouvoir à l'égard des questions de droit peut s'étendre à la question de savoir si une loi viole la *Charte*. Il me paraît évi-

Charter is part of the supreme law of Canada” (emphasis added).

Douglas College, Tétreault-Gadoury and *Cuddy Chicks* stand for two related propositions. First, an administrative tribunal which has the power to decide questions of law has the power to decide the validity of particular laws under the *Charter*. Second, provided that an administrative tribunal is discharging a function assigned to it by its legislation, it may, in the course of doing so, consider and decide *Charter* issues. As a corollary, the cases affirm a third proposition: no express term conferring upon the tribunal the power to entertain constitutional questions is required for the tribunal to apply the *Charter*.

This Court has never overruled or limited these cases or the principles which they set out. Accordingly, it is these principles that govern the issue in the case at bar — whether the Canadian Human Rights Commission has the power to consider the constitutional validity of the “normal age of retirement” defence in the *Canadian Human Rights Act*.

III. Application of the Law in this Case

It is my view that the Canadian Human Rights Commission has the power to consider questions of law, and that the *Charter* issue raised here falls within the mandate of what the Commission is required to do under the *Canadian Human Rights Act*. Accordingly, I conclude that a tribunal appointed by the Commission has the power to apply the *Charter* and determine whether the “normal age of retirement” defence is rendered invalid by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Since no relief is claimed under s. 24 of the *Charter*, the question of whether the tribunal is a “court of competent jurisdiction” under that section does not arise.

dent qu’une question concernant la Charte est une question de droit; en effet, la Charte fait partie de la loi suprême du Canada» (je souligne).

Les arrêts *Douglas College, Tétreault-Gadoury* et *Cuddy Chicks* établissent deux principes connexes. Premièrement, un tribunal administratif qui dispose du pouvoir de statuer sur des questions de droit est habilité à se prononcer sur la validité de dispositions législatives particulières au regard de la *Charte*. Deuxièmement, dans la mesure où il exerce une fonction qui lui a été dévolue par sa loi habilitante, il peut examiner et trancher des questions relatives à la *Charte*. En corollaire, ces arrêts énoncent un troisième principe, savoir qu’il n’est pas nécessaire que le pouvoir d’examiner des questions constitutionnelles soit conféré en termes explicites au tribunal pour que celui-ci puisse appliquer la *Charte*.

Notre Cour n’a jamais infirmé ces arrêts ni limité la portée des principes qu’ils établissent. Ce sont donc ces principes qui régissent la question dont nous sommes saisis en l’espèce: la question de savoir si la Commission canadienne des droits de la personne a le pouvoir d’examiner la constitutionnalité du moyen de défense fondé sur «l’âge de la retraite en vigueur» prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

III. Application du droit en l’espèce

Je suis d’avis que la Commission canadienne des droits de la personne a compétence pour examiner des questions de droit, et que la question relevant de la *Charte* soulevée en l’espèce entre dans le mandat qui lui incombe en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Je conclus donc qu’un tribunal constitué par la Commission a le pouvoir d’appliquer la *Charte* et de déterminer si le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend inopérant le moyen de défense fondé sur «l’âge de la retraite en vigueur». La question de savoir si le tribunal est un «tribunal compétent» ne se pose pas puisque aucune demande de réparation fondée sur l’art. 24 n’a été présentée.

89

90

91

92 I approach the matter first from the perspective of the principle that tribunals entitled to decide questions of law may decide *Charter* issues.

93 The first enquiry focuses on the provisions of the *Canadian Human Rights Act*. The Act does not expressly state that the Commission has power to consider legal questions. However, this power may be inferred from the Act. Many of the duties which Parliament assigns to the Commission could not be accomplished unless the Commission has the power to consider issues of law generally and the effect of the *Charter* on human rights law more particularly.

94 Section 26 of the Act provides for a commission “to be known as the Canadian Human Rights Commission”. Under s. 27, the Commission is charged with the administration of Part I of the Act, relating to the prevention of discrimination and the promotion of equality, as well as Part III of the Act, relating to complaints. Section 27 goes on to detail specific duties. These duties include information programs, liaison with other bodies and authorities to avoid conflicts in the handling of complaints, considering and making recommendations on human rights matters, review of regulations, rules, by-laws and other instruments made by Parliament, and generally to endeavour “by persuasion, publicity or any other means that it considers appropriate to discourage and reduce discriminatory practices”.

95 These provisions negate any notion that the Commission is simply a rubber stamp, created to apply cipher-like the instructions Parliament delivers from above. If the Commission is to consider suggestions and requests on human rights and report to Parliament on the advisability of changes (s. 27(1)(e)), it must be presumed to have the power to interpret and consider the validity of the laws Parliament has already put in place. Similarly, if it is to carry out studies concerning human rights and freedoms and report with recommenda-

C’est en partant du principe que les tribunaux administratifs habilités à trancher des questions de droit ont compétence pour statuer sur des questions relevant de la *Charte* que j’aborde le présent pour-voi.

Il faut d’abord se pencher sur les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Loi n’énonce pas expressément que la Commission a le pouvoir d’examiner des questions de droit, mais ce pouvoir peut s’inférer de ses termes. Un grand nombre des obligations que le législateur a assignées à la Commission ne pourraient être exécutées si cette dernière n’avait pas le pouvoir d’examiner des questions de droit en général et, plus particulièrement, celui d’examiner les effets de la *Charte* sur les dispositions législatives en matière de droits de la personne.

L’article 26 de la Loi pourvoit à la constitution d’un organisme, la «Commission canadienne des droits de la personne». Aux termes de l’art. 27, la Commission veille à l’application de la partie I de la Loi, relative à la prévention de la discrimination et à la promotion de l’égalité, et de la partie III, relative aux plaintes. L’article 27 prévoit également des fonctions particulières, dont l’élaboration de programmes d’information, la liaison avec d’autres organismes en vue d’éviter les conflits dans l’instruction des plaintes, l’examen et la formulation de recommandations en matière de droits de la personne, l’examen de règlements, règles, décrets, arrêtés et autres textes établis en vertu d’une loi fédérale et il énonce, de façon générale, que la Commission tente «par tous les moyens qu’elle estime indiqués, d’empêcher la perpétration des actes discriminatoires».

Ces dispositions contredisent toute idée que la Commission n’est qu’une enveloppe vide n’existant que pour appliquer sans discussion les directives émanant du législateur. Si la Commission a pour fonction d’examiner des propositions et des requêtes en matière de droits de la personne et de faire rapport au Parlement sur l’opportunité d’apporter des modifications (al. 27(1)e)), il faut présumer qu’elle a le pouvoir d’interpréter les lois déjà adoptées et d’en examiner la validité. De la même façon, si elle doit faire des études sur les droits et

tions (s. 27(1)(f)), it must have the power to interpret the law. Again, if the Commission is to review Parliament's laws and regulations in any meaningful way and "comment on any provision thereof that in its opinion is inconsistent with the principle described in section 2" (promotion of equal opportunity and avoidance of discrimination) (s. 27(1)(g)), it must have the power to interpret the discrimination provisions of the Act; interpretation is the prerequisite to judging consistency and effect.

Section 27(2) is to the same effect. It expressly empowers the Commission to interpret the Act's provisions. It permits on the Commission "on application or on its own initiative" to issue "guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a particular case or in a class of cases described by the guideline". The formulation of guidelines is the very stuff of legal and statutory interpretation — the determination of how broadly or narrowly the words of particular sections should be read in order to ascertain whether specific cases fall within or outside the provisions.

The question then is whether the Commission, being required to interpret the law for the purposes of Part I of the Act, is forbidden to enter the domain of legal interpretation in discharging its duties in relation to complaints under Part III of the Act. In my view, that cannot have been the intent of Parliament. If the Commission, using its interpretative powers, sets out guidelines as to what the Act means under Part I, surely it can apply those guidelines in determining whether a complaint should be referred to a tribunal for investigation, hearing and decision under Part III. If this is so, as it must be, then the Commission has the power to interpret the law in determining whether to refer a complaint to a tribunal or dismiss it.

The Act confers the same power to consider and decide issues of law on the tribunals appointed to

libertés de la personne et formuler des recommandations (al. 27(1)f)), elle doit pouvoir interpréter les lois. Encore une fois, pour que l'examen des lois et des règlements par la Commission ait un sens et pour que la Commission puisse «les commenter [. . .] dans les cas où elle les juge incompatibles avec le principe énoncé à l'article 2» (promouvoir l'égalité des chances et empêcher la perpétration d'actes discriminatoires) (al. 27(1)g)), celle-ci doit pouvoir interpréter les dispositions de la Loi relatives à la discrimination. On ne peut en effet juger de la compatibilité et des effets de dispositions législatives sans les interpréter.

Le paragraphe 27(2) va dans le même sens. Il confère expressément à la Commission le pouvoir d'interpréter les dispositions de la Loi. Il lui permet, «sur demande ou de sa propre initiative», «[d]ans un cas ou une catégorie de cas donnés [. . .] de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi». La préparation de ces ordonnances suppose essentiellement des fonctions d'interprétation juridique, savoir la délimitation de la portée large ou étroite à donner aux termes de dispositions précises pour déterminer si elles visent ou non des situations particulières.

Il s'agit donc de déterminer si la Commission, à qui il incombe d'interpréter la loi pour les fins de la partie I de la Loi, doit s'acquitter des fonctions relatives aux plaintes qui lui sont conférées par la partie III sans pouvoir exercer de pouvoir d'interprétation. À mon avis, cela ne pouvait être l'intention du législateur. Si la Commission, en exerçant ses pouvoirs d'interprétation, établit par ordonnance la portée de la partie I de la Loi, elle peut certainement appliquer ces ordonnances pour déterminer s'il convient de déférer une plainte à un tribunal pour que celui-ci l'examine, entende les parties et rende une décision sous le régime de la partie III. Si tel est le cas, comme ce devrait l'être, la Commission jouit d'un pouvoir d'interprétation pour déterminer s'il y a lieu de déférer une plainte à un tribunal ou de la rejeter.

Aux termes de la Loi, le tribunal constitué pour examiner une plainte et en décider dispose lui

96

97

98

investigate and decide particular complaints. The tribunal may receive all “and other evidence or information . . . whether or not . . . admissible in a court of law” — s. 50(2)(c). It must give full opportunity to all parties not only to call evidence, but to “make representations” — s. 50(1). These suggest a full hearing extending beyond the facts to law. However, the Act does not leave us to guess. In the provisions for appeal from a tribunal, it defines the powers of the review tribunal as “all the powers of . . . a tribunal” — s. 56(2). It then goes on to state that an “appeal lies to a review tribunal against a decision or order of a tribunal on any question of law or fact or mixed law and fact” — s. 56(3) (emphasis added). If the tribunal were confined to deciding matters of fact, then there would be no need for the review panel to have the function of reviewing questions of law or mixed law and fact. The provisions make sense only if it is accepted that the tribunal has the power to decide questions of law. When it decides these questions of law or mixed law and fact, it is subject to correction by the review panel.

aussi du pouvoir de prendre en considération et de trancher des questions de droit. Le tribunal a le pouvoir de recevoir «des éléments de preuve ou des renseignements [. . .] indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire» — al. 50(2)c). Il doit donner aux parties la possibilité pleine et entière de présenter des éléments de preuve «ainsi que leurs observations» — par. 50(1). Ces dispositions indiquent que le tribunal tient une audience complète qui ne porte pas uniquement sur les faits mais également sur le droit. Toutefois, la Loi ne nous contraint pas à la devinette. Elle précise, dans les dispositions relatives au droit d’appel contre la décision d’un tribunal, les pouvoirs qu’exercent les tribunaux d’appel, en énonçant qu’ils «sont investis des mêmes pouvoirs» que les tribunaux des droits de la personne — par. 56(2). Elle prévoit également que le «tribunal d’appel peut entendre les appels fondés sur des questions de droit ou de fait ou des questions mixtes de droit et de fait» — par. 56(3) (je souligne). Si les tribunaux des droits de la personne ne statuaient que sur les faits, les tribunaux d’appel n’auraient aucune raison d’examiner des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait. Ces dispositions n’ont de sens que si l’on accepte que les tribunaux des droits de la personne ont compétence pour trancher des questions de droit. Lorsqu’ils statuent sur des questions de droit ou sur des questions mixtes de droit et de fait, ils sont assujettis au pouvoir de révision des tribunaux d’appel.

99

The second principle asserted by *Douglas College*, *Tétreault-Gadoury*, and *Cuddy Chicks* is that a tribunal may consider the *Charter* in carrying out the mandate conferred upon it by Parliament or the legislature. The provisions of the Act reviewed above support the conclusion, not only that the Canadian Human Rights Commission is empowered to consider questions of law but also that it is obliged to do so in carrying out its mandate. This obligation, the cases assert, extends to permitting boards and tribunals appointed under human rights legislation to hold that provisions of the law are invalid. Often this has been assumed without challenge: see, for example *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R.

Le second principe établi dans *Douglas College*, *Tétreault-Gadoury* et *Cuddy Chicks* énonce qu’un tribunal peut examiner la *Charte* dans l’exécution du mandat que lui confère le législateur. Les dispositions de la Loi étudiées ci-dessus étayaient la conclusion non seulement que la Commission canadienne des droits de la personne est habilitée à examiner des questions de droit mais également qu’elle doit le faire pour s’acquitter de son mandat. Suivant ces arrêts, cette obligation englobe la possibilité pour les organismes et les tribunaux constitués en vertu de lois sur les droits de la personne de conclure à l’invalidité de dispositions législatives. Cette possibilité a souvent été présumée sans contestation (voir, par exemple, *Insurance Corpo-*

145. The power of inferior tribunals to find laws invalid in the course of performing their mandate is analogous to a similar question which was considered in *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (B.C.C.A.), at p. 439. In that case, Macfarlane J.A., speaking for the majority held at pp. 439-40 that provincial courts do have the jurisdiction to deal with all relevant aspects of the *Charter*:

It is clear that the power to make general declarations that enactments of Parliament or of the Legislature are invalid is a high constitutional power which flows from the inherent jurisdiction of the superior courts.

But it is equally clear that if a person is before a court upon a charge, complaint, or other proceeding properly within the jurisdiction of that court then the court is competent to decide that the law upon which the charge, complaint or proceeding is based is of no force and effect by reason of the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to dismiss the charge, complaint or proceeding. The making of a declaration that the law in question is of no force and effect, in that context, is nothing more than a decision of a legal question properly before the court. It does not trench upon the exclusive right of the superior courts to grant prerogative relief, including general declarations.

The analysis that Macfarlane J.A. applied with respect to provincial courts also applies with respect to tribunals, in so far as such tribunals have been given the power by Parliament to decide questions of law.

This principle was applied to tribunals appointed under the *Canadian Human Rights Act* in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.). In that case, the complainants were denied unemployment insurance benefits because they were employed by their husbands or by corporations of which their husbands controlled more than 40 percent of the voting shares. They brought a complaint under the *Canadian Human Rights Act*, alleging discrimination. The Commission

ration of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145. La question du pouvoir d'instances inférieures de juger que des lois ne sont pas valides dans l'exécution de leur mandat s'apparente à la question qui a été examinée dans *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (C.A.C.-B.), à la p. 439. Dans cette affaire, le juge Macfarlane, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu, aux pp. 439 et 440, que les tribunaux judiciaires provinciaux avaient compétence pour examiner tous les aspects pertinents de la *Charte*:

[TRADUCTION] Il est avéré que le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire sur la validité constitutionnelle des lois adoptées par le Parlement ou l'une des législatures ressortit à la compétence exclusive des instances supérieures.

Mais il est également avéré que si une personne comparaît devant un tribunal à la suite d'une inculpation, d'une plainte ou d'un autre acte de procédure qui relève régulièrement de la compétence de ce dernier, il s'ensuit que le tribunal a compétence d'une part, pour juger que la loi sur laquelle repose l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure est inopérante du fait des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et d'autre part, pour rejeter l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure. Le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la loi contestée est inopérante n'est, dans ce contexte, rien de plus qu'une décision sur une question juridique dont le tribunal est régulièrement saisi. Cela n'empiète aucunement sur le droit exclusif des instances supérieures d'accorder un redressement par voie de bref de prérogative, y compris un jugement déclaratoire.

L'analyse que le juge Macfarlane fait à l'égard des cours provinciales s'applique également aux tribunaux administratifs, dans la mesure où ceux-ci ont reçu du législateur le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit.

Ce principe a été appliqué à des tribunaux constitués en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dans *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.). Cette affaire portait sur le refus d'accorder des prestations d'assurance-chômage à des femmes qui avaient été employées par leur mari ou par des sociétés dont leur mari contrôlait plus de 40 pour 100 des actions avec droit de vote. Ces dernières avaient déposé une plainte fondée sur la *Loi canadienne*

referred the matter to a tribunal, which held the sections of the *Unemployment Insurance Act* which mandated the discriminatory treatment were inconsistent with the *Canadian Human Rights Act* and hence inoperative. The Attorney General of Canada argued that the tribunal had no jurisdiction to make general declarations as to the validity of the legislation. After citing the passage from *Re Shewchuk* quoted above, the Federal Court of Appeal *per* Mahoney J. found that the principle that an inferior court could find a statute invalid for breach of the *Charter* in the course of making the decision that Parliament had empowered it to make applied equally to a human rights tribunal under the *Canadian Human Rights Act*. The tribunal, in his view (at p. 35), was empowered to find the offending enactment “to have been implicitly repealed by the enactment of the Human Rights Act”.

101 In this case, it is a provision of the *Canadian Human Rights Act* — the “normal age of retirement” defence which is argued to be implicitly repealed by the *Charter*. However, from the point of view of the jurisdiction of the Commission there is no distinction between this case and *Druken*. If the appellants are correct, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* has implicitly repealed the “normal age of retirement” defence of the *Canadian Human Rights Act*. In order to decide whether a complaint has validity, the Commission is obliged to determine whether this submission has merit or not. Following the principle affirmed in *Douglas College* and applied in *Re Shewchuk* and *Druken*, the Commission has power to consider that question in discharging its duty of deciding whether to dismiss the complaint or refer it to a tribunal.

102 The Commission functions as gatekeeper to the tribunal process. It cannot be, therefore, as the majority suggests, that the Commission is barred

sur les droits de la personne, alléguant qu’elles avaient été victimes de discrimination. La Commission a déféré la plainte à un tribunal, qui a conclu que les dispositions de la *Loi sur l’assurance-chômage* qui prescrivaient ce traitement discriminatoire étaient incompatibles avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et qu’elles étaient donc inopérantes. Le procureur général du Canada a soutenu que le tribunal n’avait pas compétence pour statuer de façon déclaratoire sur la validité de dispositions législatives. Après avoir cité le passage de *Re Shewchuk* rapporté ci-dessus, la Cour d’appel fédérale, sous la plume du juge Mahoney, a affirmé que le principe voulant qu’une instance inférieure puisse conclure à l’invalidité d’une disposition législative incompatible avec la *Charte* dans le cadre de la prise d’une décision que le législateur lui a donné le pouvoir de rendre, s’appliquait également à un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Selon le juge Mahoney (à la p. 35), ce tribunal était habilité à conclure que la disposition législative en cause «a été implicitement abrogée par l’adoption de la Loi sur les droits de la personne».

En l’espèce, on fait valoir que c’est une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* — la disposition relative au moyen de défense fondé sur «l’âge de la retraite en vigueur» — qui a été implicitement abrogée par la *Charte*. Du point de vue de la compétence de la Commission, toutefois, il n’existe pas de distinction entre la présente espèce et l’affaire *Druken*. Si les appellants ont raison, l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a implicitement abrogé ce moyen de défense. Pour décider si une plainte est valide, la Commission doit déterminer si cet argument est bien fondé. Suivant le principe établi dans *Douglas College* et appliqué dans *Re Shewchuk* et *Druken*, la Commission a le pouvoir d’examiner cette question dans l’exécution de son mandat consistant à décider s’il convient de rejeter la plainte ou de la déférer à un tribunal.

La Commission est le gardien du processus du tribunal. Il est donc impossible, comme le proposent les juges majoritaires, qu’elle soit empêchée

from considering questions of law which the tribunal is permitted to consider. A question cannot be referred to a tribunal unless the Commission first considers it. The practical effect of the majority's approach will be to allow respondents to use the constitution as a shield, while rendering it impossible for complainants to challenge the validity of statutory defences.

I conclude that the Commission has the power to consider the issue of whether the *Charter* renders invalid the "normal age of retirement" defence. Given that the Commission's duty only is to screen the complaint, it need not decide the question finally, but only determine whether it has a reasonable chance of success. In the context of its duties under the *Canadian Human Rights Act*, the Commission has the expertise to carry out its duty in this regard. If it concludes that it does have a reasonable chance of success, then it should refer the matter to a tribunal, which can hear full representations on the matter and make its decision accordingly. The tribunal's decision on the issue of law may in turn be reviewed by the review tribunal. The review tribunal's decision in turn may be filed as a decision of the Federal Court, from which appeal lies to the Federal Court of Appeal.

IV. Whether the Commission Erred in Dismissing the Complaints

The Commission proceeded on the basis that it had power to consider whether the "normal age of retirement" defence of the *Canadian Human Rights Act* violated s. 15 of the *Charter* and was hence invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. It justified its dismissal of the appellants' complaints by asserting that the decision of this Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, upholds mandatory retirement and hence the "normal age of retirement" defence.

d'examiner des questions de droit que le tribunal peut examiner. Aucune question ne peut être déferée au tribunal si la Commission ne l'a pas d'abord étudiée. La démarche adoptée par les juges majoritaires a pour effet pratique de permettre à des intimés d'utiliser la Constitution comme bouclier, tout en faisant en sorte que les plaignants ne puissent contester la validité de moyens de défense conférés par la loi.

Je conclus que la Commission a le pouvoir d'examiner la question de savoir si la *Charte* invalide le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur». Comme sa fonction ne consiste qu'à effectuer un examen préalable de la plainte, la Commission n'a pas à rendre de décision définitive; elle doit seulement déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que la plainte soit accueillie. Dans le contexte des fonctions que lui attribue la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Commission a l'expertise nécessaire à cet égard. Si elle conclut à l'existence de cette possibilité, elle doit alors déferer la question à un tribunal, qui tient une audience complète et rend sa décision en conséquence. La décision du tribunal sur la question de droit est susceptible de révision par un tribunal d'appel. La décision du tribunal d'appel peut, à son tour, être déposée au greffe de la Cour fédérale comme décision de cette cour et faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale.

IV. La Commission a-t-elle commis une erreur en rejetant la plainte?

La Commission a agi en présupant qu'elle avait le pouvoir d'examiner si le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur» prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* contrevenait à l'art. 15 de la *Charte* et était, par conséquent, inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a justifié sa décision de rejeter les plaintes des appelants en affirmant que la décision de notre Cour dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, avait maintenu le principe de la retraite obligatoire et, partant, le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur».

105 The respondent Canadian Airlines International argues that the Commission was right to conclude that *McKinney* provides a complete answer to the appellants' claims. In *McKinney*, this Court held that a mandatory retirement age for university professors of 65 violated the equality guarantee of s. 15 of the *Charter* but was saved under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limitation demonstrably justified in a free and democratic society. This conclusion was based, in Canadian Airlines International's submission, on the conclusion of the Court that 65 was the "normal" age of retirement for university professors. It follows, Canadian contends, that if a statute provides for retirement at the normal age for the occupation in question, it must be saved under s.1 of the *Charter*.

106 In my respectful opinion, this argument oversimplifies the process envisaged under s. 1 of the *Charter*. Even if one were to accept the doubtful submission that the conclusion that the infringement in *McKinney* was justified under s. 1 of the *Charter* solely on the ground that this was the normal age of retirement, one cannot conclude that that factor alone would suffice in all cases to justify an infringement of s. 15. Section 1 is about much more than what is usual or "normal". The usual practice may be unjustifiable, having regard to the egregiousness of the infringement or the insubstantiality of the objective alleged to support it. Each case must be looked at on its own circumstances. It is not difficult to imagine cases where the industry standard for retirement might be unreasonable. If, for example, a computer software company decided to retire all persons over the age of 40 on the ground that most people's creativity wanes after that birthday, would the response that this was "normal" suffice to show justifiability without further inquiry? I think not.

L'intimée Lignes aériennes Canadien International soutient que la Commission a conclu à bon droit que l'arrêt *McKinney* répond entièrement aux prétentions des appelants. Dans cet arrêt, notre Cour a jugé que l'établissement à 65 ans de l'âge de la retraite obligatoire applicable aux professeurs d'université contrevenait à la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15 de la *Charte*, mais qu'il s'agissait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte*. Pour Lignes aériennes Canadien International, cette position repose sur la conclusion de la Cour selon laquelle 65 ans constitue, pour les professeurs d'université, l'âge de la retraite «en vigueur». Il s'ensuit, d'après elle, qu'une disposition législative prévoyant la mise à la retraite à l'âge en vigueur pour l'emploi visé est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*.

J'estime, en toute déférence, que cet argument procède d'une simplification à outrance du processus que suppose l'article premier de la *Charte*. Même en acceptant l'affirmation douteuse selon laquelle la conclusion voulant que la violation en cause dans le pourvoi *McKinney* ait été jugée justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* pour le seul motif qu'il s'agissait de l'âge de la retraite en vigueur, on ne saurait conclure que ce seul facteur suffirait, dans tous les cas, à justifier une contravention à l'art. 15. L'article premier fait intervenir beaucoup plus qu'un usage habituel ou «en vigueur». Il se peut qu'un usage habituel soit injustifiable en raison de l'énormité de la violation ou du peu d'importance des objectifs qu'il est censé poursuivre. Il faut examiner chaque affaire en fonction de ses propres circonstances. On peut facilement imaginer des cas où les normes appliquées dans l'industrie en matière de retraite pourront être déraisonnables. Par exemple, si une société de logiciels décide de mettre à la retraite tous ses employés âgés de plus de 40 ans en soutenant qu'après cet âge la créativité humaine décline, l'argument voulant que ce soit l'usage «en vigueur» suffirait-il à démontrer qu'il est justifiable sans autre examen? Je ne le crois pas.

Nor is the fact that unions are involved in determining what is "normal" a guarantee of justifiability. As the appellants point out, there may be many reasons why a union does not take up a particular cause. The concern may be of interest only to a minority of its members, or the union may have other more important issues on the bargaining table. Even if the union puts forward a concern like mandatory retirement age, it may be unable to win what it proposes. In collective bargaining, as in any bargaining, not every party achieves its wish-list.

In my view, the Commission erred in concluding that *McKinney* presents a complete answer to the appellant's claim. It should have concluded that the normal age of retirement may not necessarily constitute a defence to a claim for age discrimination, and referred the matter to a tribunal for investigation, hearing and decision, including a decision on the constitutional issue. Of course, when referring the complaint which involves a *Charter* issue like the one in the present case to a tribunal, the Commission is required to give notice to the Attorney General pursuant to s. 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

V. Conclusion

I would allow the appeals and direct the Commission to refer the issue to a tribunal for determination.

Appeals dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

David John Cooper, on his own behalf.

Noel Edwin Bell, on his own behalf.

Solicitor for the respondent Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Je ne crois pas non plus que le fait que les syndicats aient participé à la détermination de la norme «en vigueur» en garantisse le caractère justifiable. Comme les appelants le soulignent, de nombreuses raisons peuvent expliquer pourquoi un syndicat ne défend pas une cause particulière. Il se peut qu'elle n'intéresse qu'un nombre minime de membres ou que le syndicat ait d'autres points plus importants à discuter à la table de négociation. De plus, même s'il décidait de s'attaquer à une question comme l'âge de la retraite obligatoire, il se peut qu'il soit incapable d'obtenir ce qu'il propose. En matière de négociation collective, comme dans toute négociation, les parties n'obtiennent pas tout ce qu'elles veulent.

Selon moi, la Commission a commis une erreur en concluant que l'arrêt *McKinney* répond entièrement aux prétentions des appelants. Elle aurait dû conclure que l'âge de la retraite en vigueur ne constitue pas nécessairement une défense à une plainte de discrimination fondée sur l'âge et déférer la plainte à un tribunal pour qu'il l'examine, qu'il tienne une audience et qu'il rende une décision statuant, notamment, sur la question constitutionnelle. Bien entendu, lorsqu'elle défère à un tribunal la plainte qui comporte une question relevant de la *Charte*, comme celle qui est soulevée en l'espèce, la Commission doit en aviser le procureur général conformément à l'art. 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner à la Commission de déférer la question à un tribunal.

Pourvois rejetés, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

David John Cooper, en personne.

Noel Edwin Bell, en personne.

Procureur de l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Solicitors for the respondent Canadian Airlines International Ltd.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the Amicus Curiae: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Lignes aériennes Canadien International Ltée: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'amicus curiae: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

and

The Régie des alcools, des courses et des jeux *Appellant*

v.

2747-3174 Québec Inc. *Respondent*

INDEXED AS: 2747-3174 QUÉBEC INC. v. QUEBEC (RÉGIE DES PERMIS D'ALCOOL)

File No.: 24309.

1996: March 27; 1996: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil rights — Fair hearing by independent tribunal — Administrative tribunals — Régie des permis d'alcool — Cancellation of liquor permits on account of disturbance of public tranquility — Structure and operating procedures of Régie — Whether Régie complies with guarantees of independence and impartiality set out in s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms — Scope of s. 23 of Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 23, 56(1) — Act respecting liquor permits, R.S.Q., c. P-9.1, ss. 2, 75, 86(8).

Following a hearing, the directors of the Régie des permis d'alcool du Québec revoked the respondent's liquor permits on the ground of disturbance of public tranquility — a penalty provided for in ss. 75 and 86(8) of the *Act respecting liquor permits* (the "Act"). The respondent brought a motion in evocation in the Superior Court in which it asked (1) that the Régie's decision be quashed and (2) that s. 2 of the Act, which established the Régie, be declared invalid on the basis that the Régie did not comply with the guarantees of independence and impartiality set out in s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court granted the motion and, by declaring the impugned provision invalid and of no force or effect, called the very existence of the Régie into question. However, the court suspended the effect of the declaration of invalidity for a

Le procureur général du Québec *Appelant*

et

La Régie des alcools, des courses et des jeux *Appelante*

c.

2747-3174 Québec Inc. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: 2747-3174 QUÉBEC INC. c. QUÉBEC (RÉGIE DES PERMIS D'ALCOOL)

N° du greffe: 24309.

1996: 27 mars; 1996: 21 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Libertés publiques — Audition impartiale par un tribunal indépendant — Tribunaux administratifs — Régie des permis d'alcool — Révocation de permis d'alcool pour cause d'atteinte à la tranquillité publique — Structure et mode de fonctionnement de la Régie — La Régie respecte-t-elle les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Domaine d'application de l'art. 23 de la Charte — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23, 56(1) — Loi sur les permis d'alcool, L.R.Q., ch. P-9.1, art. 2, 75, 86(8).

À la suite d'une audition, les régisseurs de la Régie des permis d'alcool du Québec ont révoqué les permis d'alcool de l'intimée pour cause d'atteinte à la tranquillité publique — une sanction fondée sur l'art. 75 et le par. 86(8) de la *Loi sur les permis d'alcool* (la «Loi»). L'intimée a présenté en Cour supérieure une requête en évocation dans laquelle elle a demandé (1) l'annulation de la décision de la Régie et (2) l'invalidation de l'art. 2 de la Loi, qui établit la Régie, alléguant que cet organisme ne respectait pas les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. La Cour supérieure a accueilli sa requête et, en déclarant invalide et inopérante la disposition contestée, a remis en cause l'existence même de la Régie. La cour a toutefois suspendu pour une période de 12 mois l'effet de cette déclaration

period of 12 months. The Attorney General of Quebec and the Régie appealed the decision. In 1993, the Régie des alcools, des courses et des jeux replaced the Régie des permis d'alcool, but the parties considered the Superior Court proceedings to be as important as ever because of the similarity between the two bodies. The Court of Appeal allowed the appeal in part, declaring s. 2 of the Act to be valid. However, the majority of the court held the reference to s. 75 in s. 86(8) of the Act to be invalid and of no force or effect.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Section 23 of the *Charter* entrenches in Quebec the right of every citizen to a public and fair hearing by an independent and impartial tribunal. The word "tribunal" used in that section is defined in s. 56(1) of the *Charter* as including "any person or agency exercising quasi-judicial functions". Section 56(1) applies to every agency that exercises quasi-judicial functions, even incidentally. Whether or not s. 23 is applicable therefore depends on the characterization of the functions of the agency that are in question. If they are quasi-judicial, the agency is a "tribunal" and must in exercising them comply with the requirements of impartiality and independence. In this case, s. 23 is applicable to the Régie because a decision to cancel a permit on account of disturbance of public tranquility is the result of a quasi-judicial process. The permit holder's rights are clearly affected by the cancellation. While the issuance of a permit may in certain respects be regarded as a privilege, its cancellation has a significant impact on the livelihood of the permit holder, who loses the right to operate his or her business. It is also significant that the process leading to the cancellation of a permit on account of disturbance of public tranquility is similar to that in a court. The Régie may make its decision only after a hearing in the course of which witnesses may be heard, exhibits filed and submissions made. Although there is strictly speaking no *lis inter partes* before the Régie, individuals with conflicting interests may present contradictory versions of the facts at the hearing. Finally, a decision to cancel a permit on the ground of disturbance of public tranquility results from the application of a pre-established standard to specific facts adduced in evidence and is a final judgment protected by a privative clause. Although in making such a decision the Régie may to some extent establish a general policy that it has itself developed, it does so by means of a standard imposed by and set out in the Act. The application of such a policy to specific circum-

d'invalidité. Le procureur général du Québec et la Régie ont interjeté appel de cette décision. En 1993, la Régie des alcools, des courses et des jeux a remplacé la Régie des permis d'alcool, mais les parties ont considéré que le débat engagé en Cour supérieure conservait toute son importance vu la ressemblance entre les deux organismes. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel et déclaré valide l'art. 2 de la Loi. La cour à la majorité a cependant déclaré invalide et inopérante la mention de l'art. 75 contenue au par. 86(8) de la Loi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'article 23 de la *Charte* consacre dans le contexte québécois le droit de tout citoyen à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé. Le terme «tribunal» employé à cet article est défini à l'art. 56(1) de la *Charte* et inclut notamment «une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires». L'article 56(1) vise tout organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires, même de façon ancillaire. L'application de l'art. 23 découle donc de la qualification préalable des fonctions en cause de l'organisme. Dans la mesure où ces fonctions sont de nature quasi judiciaire, l'organisme constitue sous cet angle un «tribunal» et doit, à l'occasion de leur exercice, se conformer aux exigences d'impartialité et d'indépendance. En l'espèce, l'art. 23 est applicable à la Régie puisque la décision de révoquer un permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique constitue l'aboutissement d'un processus quasi judiciaire. Il est clair que les droits du détenteur de permis sont mis en cause par la révocation. Si la délivrance d'un permis peut, sous certains aspects, être considérée comme un privilège, sa révocation affecte substantiellement le gagne-pain de son détenteur, qui se voit privé de son droit d'exploiter son entreprise. Il est également significatif que le processus pouvant mener à la révocation d'un permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique s'apparente à celui qui a cours devant les tribunaux judiciaires. La Régie ne peut rendre sa décision qu'après la tenue d'une audition au cours de laquelle des témoins pourront être entendus, des pièces déposées et des représentations faites. Bien qu'il n'existe pas, à proprement parler, de *lis inter partes* devant la Régie, des personnes aux intérêts opposés peuvent présenter des versions contradictoires des faits à l'occasion de l'audition. Enfin, la décision de révoquer le permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique découle de l'application d'une norme préétablie à des faits particuliers auparavant mis en preuve, et constituera un jugement final protégé par une clause privative. Même si en rendant

stances, with the assessment of the facts it presupposes, is a quasi-judicial act.

Although flexibility must be shown toward administrative tribunals when it comes to impartiality, a detailed review of the Régie's structure and multiple functions raises a reasonable apprehension of bias on an institutional level. The Act authorizes employees of the Régie to participate at every stage of the process leading up to the cancellation of a liquor permit, from investigation to adjudication. While a plurality of functions in a single administrative agency is not necessarily problematic, here a person informed about the role of the Régie's lawyers would have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. Although the Act and regulations do not define the duties of these jurists, the Régie's annual report and the description of their jobs at the Régie show that they are called upon to review files in order to advise the Régie on the action to be taken, prepare files, draft notices of summons, present arguments to the directors and draft opinions. The annual report and the silence of the Act and regulations leave open the possibility of the same jurist performing these various functions in the same matter. The annual report mentions no measures taken to separate the lawyers involved at different stages of the process. Yet such measures seem essential in the circumstances. The possibility that a jurist who has made submissions to the directors might then advise them in respect of the same matter is disturbing, especially since some of the directors have no legal training. Such a lack of separation of functions in a lawyer raises a reasonable apprehension of bias. Prosecuting counsel must never be in a position to participate in the adjudication process. The functions of prosecutor and adjudicator cannot be exercised together in this manner. Moreover, the Act and regulations authorize the chairman to initiate an investigation, decide to hold a hearing, constitute the panel that is to hear the case and include himself or herself thereon if he or she so desires. Furthermore, the annual report suggests that other directors sometimes make the decision to hold a hearing, and it does not rule out the possibility that they might then decide the case on its merits. While the fact that the Régie, as an institution, participates in the process of investigation, summoning and adjudication is not in itself problematic, the possibility that a particular director could, following the investigation, decide to hold a hearing and could then participate in

une telle décision la Régie peut implanter, dans une certaine mesure, une politique générale dont elle assure l'élaboration, elle le fait par le biais d'une norme imposée et précisée par la Loi. L'application de cette politique à des circonstances particulières, avec l'appréciation des faits que cela suppose, constitue un acte quasi judiciaire.

Bien qu'en matière d'impartialité il y ait lieu de faire preuve de flexibilité à l'endroit des tribunaux administratifs, un examen détaillé de la structure de la Régie et de ses multiples fonctions soulève une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel. La Loi permet à des employés de la Régie d'intervenir à toutes les étapes du processus pouvant mener au retrait d'un permis d'alcool, de l'enquête jusqu'à la décision. Le cumul de plusieurs fonctions au sein d'un même organisme administratif ne pose pas nécessairement problème mais, en l'espèce, une personne bien renseignée sur le rôle des avocats de la Régie éprouverait une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Bien que la Loi et les règlements ne définissent pas la tâche de ces juristes, le rapport annuel de la Régie, ainsi que la description de leur tâche auprès de la Régie, indiquent qu'ils sont appelés à étudier les dossiers afin de conseiller la Régie sur les actions à prendre, préparer les dossiers, rédiger les avis de convocation, plaider devant les régisseurs et rédiger des opinions. Le rapport annuel et le silence de la Loi et des règlements engendrent la possibilité qu'un même juriste cumule ces fonctions dans un même dossier. Le rapport annuel ne fait état d'aucune mesure de cloisonnement entre les avocats impliqués à diverses étapes du processus. Or, l'existence de telles mesures semble essentielle dans les circonstances. La possibilité que le juriste qui a plaidé devant les régisseurs conseille par la suite ces derniers quant au même litige choque, et ce, d'autant plus que certains régisseurs ne possèdent aucune formation juridique. Une telle confusion de fonctions chez un procureur soulève une crainte raisonnable de partialité. L'avocat poursuivant ne doit, dans aucun cas, être en mesure de participer au processus décisionnel. Les fonctions de poursuivant et de juge ne peuvent cohabiter de la sorte. De plus, la Loi et les règlements permettent au président d'initier une enquête, de décider de tenir une audition, de constituer le banc chargé d'entendre l'affaire, en s'y incluant s'il le désire. De même, le rapport annuel suggère que d'autres régisseurs prennent parfois la décision de tenir une audition, et ce même rapport n'élimine pas la possibilité qu'ils statuent ensuite sur le fond de l'affaire. Même si le fait que la Régie, en tant qu'institution, participe au processus d'enquête, de convocation et de décision ne pose pas un problème en soi, la possibilité

the adjudication process would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. As with the Régie's jurists, a form of separation among the directors involved in the various stages of the process seems necessary to eliminate that apprehension of bias.

The three main components of judicial independence are financial security, security of tenure and institutional independence. Only the last two are in question in this case and, as is the case with impartiality, a certain degree of flexibility is appropriate where administrative agencies are concerned. In interpreting s. 23 of the *Charter*, it is necessary to consider the functions and characteristics of the administrative agencies in question. In the instant case, the directors have sufficient security of tenure within the meaning of *Valente*, since sanctions are available for any arbitrary interference by the executive during a director's term of office. The directors' conditions of employment meet the minimum requirements of independence. These do not require that all administrative adjudicators, like judges of courts of law, hold office for life. Fixed-term appointments, which are common, are acceptable. However, the removal of adjudicators must not simply be at the pleasure of the executive. The orders of appointment provide expressly that the directors can be dismissed only for certain specific reasons. In addition, it is possible for the directors to apply to the ordinary courts to contest an unlawful dismissal. Finally, in light of the evidence as a whole, the large number of points of contact between the Régie and the Minister of Public Security does not raise a reasonable apprehension with respect to the Régie's institutional independence. It is not unusual for an administrative agency to be subject to the general supervision of a member of the executive with respect to its management. The essential elements of institutional independence may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. It has not been shown how the Minister of Public Security might influence the decision-making process. The chairman is responsible for monitoring the Régie's day-to-day activities and its various employees, and for preparing the rolls. The fact that the Minister is ultimately responsible for both the Régie and the various police forces conducting investigations would not cause an informed person to have a reasonable apprehension with respect to the independence of the directors. The directors swear an oath requiring them to perform the duties

qu'un régisseur particulier décide, suite à l'enquête, de tenir une audition, et puisse ensuite participer au processus décisionnel, soulèverait chez la personne bien renseignée une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Tout comme dans le cas des juristes de la Régie, une certaine forme de cloisonnement entre les régisseurs impliqués à diverses étapes du processus semble requise afin de dissiper cette crainte de partialité.

Les trois principales composantes de l'indépendance judiciaire sont la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance institutionnelle. Seuls les deux derniers éléments sont contestés dans la présente affaire et, comme en matière d'impartialité, une certaine dose de souplesse est de mise envers des organismes administratifs. En interprétant l'art. 23 de la *Charte*, il faut considérer les fonctions et caractéristiques propres aux organismes administratifs en cause. En l'espèce, les régisseurs jouissent d'une inamovibilité suffisante, au sens de l'arrêt *Valente*, puisque toute intervention arbitraire de l'exécutif en cours de mandat pourra être sanctionnée. Les conditions d'emploi des régisseurs se conforment aux exigences minimales d'indépendance. Celles-ci ne requièrent pas que tous les juges administratifs occupent leur fonction à titre inamovible, à l'instar des juges des tribunaux judiciaires. Les mandats à durée déterminée, fréquents, sont acceptables. Il importe toutefois que la destitution des juges administratifs ne soit pas laissée au bon plaisir de l'exécutif. Or, les décrets de nomination prévoient expressément que la destitution des régisseurs ne peut avoir lieu que pour certains motifs précis. Les régisseurs ont aussi la possibilité de s'adresser aux tribunaux de droit commun afin de s'opposer à une destitution illégale. Enfin, au vu de l'ensemble de la preuve, le grand nombre de points de contact existant entre la Régie et le ministre de la Sécurité publique ne soulève pas une crainte raisonnable quant à l'indépendance institutionnelle de la Régie. Il n'est pas inhabituel qu'un organisme administratif soit soumis à la supervision générale d'un membre de l'exécutif quant à sa gestion. Les éléments essentiels de l'indépendance institutionnelle se résument au contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Or, il n'a pas été démontré en quoi le ministre de la Sécurité publique pouvait influencer sur le processus décisionnel. Le contrôle quotidien des activités de la Régie et de ses divers employés, ainsi que la confection des rôles, sont du ressort du président. Le fait qu'en dernière analyse le Ministre soit à la fois responsable de la Régie et des divers corps policiers qui font enquête ne soulèverait pas chez une personne bien infor-

of their office honestly and fairly. The Minister's links with the various parties involved are accordingly not sufficient to raise concerns.

Although the structure of the Régie does not meet the requirements of s. 23 of the *Charter*, the various shortcomings that have been identified are not imposed by the constituent legislation or the regulations made thereunder. It is thus not necessary to declare specific provisions of the Act to be inconsistent with the *Charter*. It is sufficient to grant the respondent's motion in evocation and quash the Régie's decision.

Per L'Heureux-Dubé J.: This case is governed solely by administrative law. Administrative law is part of public law and the common law generally applies in Quebec public law, subject to legislative amendments. The common law methodology must therefore be used rather than a methodology based on the civil law. The *Charter* has legal preeminence over the common law because of its quasi-constitutional status. To determine what interaction there is between the common law and quasi-constitutional statute law, it is necessary to begin by analysing, identifying and setting out the applicable common law; the effect of the quasi-constitutional statute law on the common law must then be specified.

The respondent's allegations against the Régie des permis d'alcool du Québec fall under the heads of impartiality and independence. An agency's independence from the executive is a prerequisite for, but is not sufficient to guarantee, impartiality. Tribunals are never perfectly independent; their independence is relative and varies with their decision-making level. When the issue of independence is raised in a judicial review context, the courts must therefore assess the necessary degree of independence in each case based on the nature of the administrative tribunal, the institutional constraints it faces and the peremptory nature of its decisions. While independence can be seen as a continuum, the same is not true of impartiality. An agency can be either impartial or biased: there is no intermediate option. Reasonable apprehension of bias is the indicator that allows this issue to be resolved judicially. If the agency would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases, a legal finding of bias will result. Flexibility comes into play in the specific content of the test for reasonable apprehension of bias in each case. However, such flexibility must

mée une crainte raisonnable quant à l'indépendance des régisseurs. Ceux-ci prononcent un serment les obligeant à remplir les devoirs de leur charge avec honnêteté et justice. Les liens qu'entretient le Ministre avec les divers intervenants ne sont donc pas suffisants pour susciter des inquiétudes.

Bien que la structure de la Régie ne se conforme pas aux exigences prescrites par l'art. 23 de la *Charte*, les diverses imperfections qui ont été identifiées ne sont cependant pas imposées par la loi constitutive ou les règlements accessoires. Il n'est donc pas nécessaire de déclarer que des dispositions précises de la Loi sont incompatibles avec la *Charte*. Il suffit d'accueillir la requête en évocation présentée par l'intimée et d'annuler la décision de la Régie.

Le juge L'Heureux-Dubé: La présente affaire relève uniquement du droit administratif. Le droit administratif fait partie du droit public et la common law s'applique de façon générale en droit public québécois, sous réserve de modifications législatives. On doit donc recourir à la méthodologie de common law, plutôt qu'une méthodologie d'inspiration civiliste. La *Charte*, en vertu de son statut quasi constitutionnel, a préséance juridique sur la common law. Afin de déterminer la corrélation entre la common law et le droit quasi constitutionnel d'origine législative, on doit donc premièrement analyser, identifier et énoncer la common law applicable; ensuite, on doit préciser l'effet du droit quasi constitutionnel d'origine législative sur la common law.

Les reproches formulés par l'intimée contre la Régie des permis d'alcool du Québec tombent sous les chefs de l'impartialité et de l'indépendance. L'indépendance d'un organisme par rapport à l'exécutif est une condition préalable, mais non suffisante, pour garantir l'impartialité. Les tribunaux ne sont jamais parfaitement indépendants; ils sont dans un état d'indépendance relative qui varie en fonction de leur niveau décisionnel. Lorsque la question de l'indépendance est soulevée dans un contexte de révision judiciaire, il revient donc aux cours d'évaluer, dans chaque cas, le degré d'indépendance requis en fonction de la nature du tribunal administratif, des contraintes institutionnelles auxquelles celui-ci est soumis, et du caractère péremptoire des décisions qui en émanent. Alors que l'indépendance peut être conçue sous la forme d'un continuum, il n'en va pas de même de l'impartialité. Un organisme peut être soit impartial, soit partial; il n'y a pas de choix intermédiaire. La crainte raisonnable de partialité est l'indicateur qui permet de trancher la question judiciairement. Si l'organisme génère dans un grand nombre de cas une crainte raisonnable de partialité chez la personne bien

not be shown in respect of impartiality: the requirement of impartiality cannot be relaxed. It is thus the reasonableness of the apprehension that will vary among administrative tribunals, not their intrinsic impartiality. In the present case, the issue of independence is subordinate to that of impartiality for the purposes of analysis. If bias is found, the issue of independence becomes totally moot.

Agencies that perform quasi-judicial or administrative acts are subject to the *nemo iudex in propria sua causa debet esse* rule in accordance, respectively, with the duty to act in accordance with natural justice and the duty to act fairly. Since the acts alleged against the Régie are either administrative or quasi-judicial, they are subject to the duty of impartiality included in the *nemo iudex* rule. Here, the evidence has clearly shown that the Régie would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. It should therefore be found that the Régie is biased on an institutional, organizational level. By implication, the Régie has violated the *nemo iudex* rule and thus breached its duty to act fairly. This breach opens the door to the common law remedies applicable in the circumstances: the Régie's decision can be quashed through a motion in evocation under art. 846 C.C.P. and the provisions of the enabling statute can be declared of no force or effect *inter partes* under arts. 453 *et seq.* C.C.P.

Before examining the effect of the *Charter's* provisions on the common law, it must first be determined whether those provisions are applicable to the instant case. In interpreting ss. 23 and 56(1) of the *Charter*, particularly the concept of a quasi-judicial tribunal, the "modern" methodological approach must be applied. It is time to abandon the method based on the "plain meaning" of words as the basic approach to legal interpretation. According to the modern approach, consideration must be given at the outset not only to the words themselves but also, *inter alia*, to the context, the statute's other provisions, provisions of other statutes *in pari materia* and the legislative history in order to correctly identify the legislature's objective. It is only after reading the provisions with all these elements in mind that a definition will be decided on. This "modern"

renseignée, une conclusion juridique de partialité en découlera. La souplesse entre en jeu dans le contenu spécifique du critère de la crainte raisonnable de partialité dans chaque cas. Mais cette souplesse ne doit pas s'exercer à l'endroit de l'impartialité: l'exigence d'impartialité ne saurait être assouplie. C'est donc le caractère raisonnable de la crainte qui variera en fonction des divers tribunaux administratifs, non pas leur impartialité intrinsèque. En l'espèce, pour les fins de l'analyse, la question de l'indépendance est subordonnée à celle de l'impartialité. Si l'on conclut à l'existence de la partialité, la question de l'indépendance devient purement théorique.

Les organismes qui posent des actes quasi judiciaires ou des actes administratifs sont assujettis à la règle *nemo iudex in propria sua causa debet esse*, en vertu respectivement de l'obligation d'agir conformément à la justice naturelle, ou de l'obligation d'agir équitablement. Puisque les actes reprochés à la Régie sont soit des actes administratifs, soit des actes quasi judiciaires, ils sont donc assujettis à l'obligation d'impartialité comprise dans la règle *nemo iudex*. En l'espèce, la preuve a clairement établi que la Régie a suscité une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas chez la personne bien renseignée. Par conséquent, il y a lieu de conclure à la partialité de la Régie — une partialité institutionnelle de type organisationnel. Par implication, la Régie a enfreint la règle *nemo iudex* et a donc manqué à son obligation d'agir équitablement. Ce manquement ouvre la voie aux recours de common law applicables dans les circonstances, soit un recours en évocation au moyen d'une requête pour faire annuler la décision de la Régie, en vertu de l'art. 846 C.p.c., et un recours en déclaration du caractère inopérant *inter partes* des dispositions de la loi habilitante, en vertu des art. 453 et suiv. C.p.c.

Avant d'examiner l'effet des dispositions de la *Charte* sur la common law, il faut en premier lieu déterminer si ces dispositions s'appliquent en l'espèce. Pour interpréter l'art. 23 et le par. 56(1) de la *Charte*, et particulièrement la notion de tribunal quasi judiciaire, c'est l'approche méthodologique «moderne» qu'il faut appliquer. En tant qu'approche de base en interprétation juridique, il est temps d'abandonner la méthode d'interprétation fondée sur le «sens ordinaire» des mots. Selon l'approche moderne, on doit d'abord considérer notamment, outre le texte, le contexte, les autres dispositions de la loi, celles des autres lois *in pari materia* et l'historique législatif, afin de cerner correctement l'objectif du législateur. Ce n'est qu'après avoir lu les dispositions avec tous ces éléments présents à l'esprit que l'on s'arrêtera sur une définition. Cette méthode d'interprétation

interpretation method has the advantage of bringing out the underlying premises and thus preventing them from going unnoticed, as they would with the “plain meaning” method. In light of the dynamic development of our law and the plurality of perspectives on legal analysis, the era of concealed underlying premises is now over. However, the “plain meaning” method, with its methodological estoppel that prevents the initiation of legal reasoning, is justified in a technical field such as tax law because of the imperatives of stability and predictability of the law; moreover, the use of the “plain meaning” in that area does not have any undesirable side effects.

When ss. 23 and 56(1) of the *Charter* are interpreted in an informed manner using the modern legal interpretation approach, the definition of the term “quasi-judicial” that must be adopted is one that limits its denotation to the “matters of penal significance” category. Section 23 is therefore applicable only to “agencies exercising quasi-judicial functions involving ‘matters of penal significance’”. The common law remedies are available when an administrative agency makes a quasi-judicial decision in the matters of penal significance category, and ss. 23 and 56(1) of the *Charter* provide other remedies. In particular, in the event of a breach of the duty to be impartial in this category, the aggrieved individual may have the enabling statute struck down *erga omnes*, in whole or in part, under s. 52 of the *Charter*. In the present case, the Régie’s decision to cancel the respondent’s liquor permit was not a quasi-judicial decision in the matters of penal significance category. This type of decision falls within the “non-penal” category. Accordingly, s. 23 of the *Charter* is not applicable to this case and the *erga omnes* declaratory remedy is not available. The case is governed rather by administrative law and the remedies of evocation and declaration. Since the respondent’s application is well founded, there is no reason to decline to exercise the remedial discretion conferred on the courts by the *Code of Civil Procedure*. The motion in evocation must therefore be allowed and the Régie’s decision set aside.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311;

«moderne» a l’avantage de mettre en lumière les prémisses sous-jacentes et permet ainsi d’éviter qu’elles passent inaperçues comme ce serait le cas avec la méthode du «sens ordinaire». Vu l’évolution dynamique de notre droit, la pluralité des perspectives d’analyse juridique, l’époque des prémisses sous-jacentes dissimulées est maintenant révolue. La méthode du «sens ordinaire», avec sa préclusion méthodologique qui empêche l’enclenchement du raisonnement juridique, se justifie toutefois dans un domaine technique comme le droit fiscal en raison des impératifs de stabilité et de prévisibilité du droit; par ailleurs, dans ce domaine, l’utilisation du «sens ordinaire» ne crée pas d’effets secondaires indésirables.

Lorsqu’on procède à une lecture éclairée de l’art. 23 et du par. 56(1) de la *Charte* conformément à une méthode d’interprétation juridique moderne, c’est la définition de l’expression «quasi judiciaire» dont la portée est limitée à la catégorie des «matières d’importance pénale» qui doit être adoptée. L’article 23 n’est donc applicable qu’à un «organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires dans le domaine des «matières d’importance pénale»». Les recours de common law sont disponibles lorsque l’organisme administratif prend une décision de nature quasi judiciaire dans la catégorie des matières d’importance pénale et les art. 23 et 56(1) de la *Charte* accordent d’autres recours. Notamment, en cas de manquement à l’obligation d’impartialité dans cette catégorie, l’individu lésé peut obtenir l’annulation *erga omnes* totale ou partielle de la loi habilitante, en vertu de l’art. 52 de la *Charte*. En l’espèce, la décision de la Régie de révoquer le permis d’alcool de l’intimée n’était pas une décision quasi judiciaire relevant de la catégorie des matières d’importance pénale. Ce type de décision fait partie de la catégorie «non pénale». Par conséquent, l’art. 23 de la *Charte* est inapplicable dans la présente affaire et le recours déclaratoire *erga omnes* n’est pas disponible. Le litige relève plutôt du droit administratif et des recours en évocation et en déclaration. Puisque la demande de l’intimée est justifiée, il n’y a pas de raison de refuser d’exercer le pouvoir discrétionnaire d’accorder une mesure de redressement que le *Code de procédure civile* confère aux tribunaux. La requête en évocation doit donc être accueillie et la décision de la Régie annulée.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311;

Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board, [1980] 1 S.C.R. 602; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Minister of National Revenue v. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *Syndicat canadien de la fonction publique v. Conseil des services essentiels*, [1989] R.J.Q. 2648; *Jacob et Bar Le Morency Inc. v. Régie des permis d'alcool du Québec* (1988), 16 Q.A.C. 308; *Taverne Le Relais Inc. v. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1989] R.J.Q. 2490; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673; *Després v. Association des arpenteurs-géomètres du Nouveau-Brunswick* (1992), 130 N.B.R. (2d) 210; *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Coffin v. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 1307; *Nantais v. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 2465; *Services Asbestos Canadien (Québec) Ltée v. Commission de la construction du Québec*, [1989] R.J.Q. 1564; *G.E. Hamel Ltée v. Cournoyer*, [1989] R.J.Q. 2767; *Société de vin internationale Ltée v. Régie des permis d'alcool du Québec*, J.E. 91-853.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Bisaillon v. Keable*, [1980] C.A. 316, rev'd [1983] 2 S.C.R. 60; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (Ville)* (1986), 3 Q.A.C. 163, rev'd [1989] 1 S.C.R. 705; *Maska Auto Spring Ltée v. Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 S.C.R. 3; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Uniacke v. Dickson* (1848), 1 N.S.R. 287; *Smith v. National Trust Co.* (1912), 45 S.C.R. 618; *Zaidan Group Ltd. v. London (City)* (1990), 71 O.R. (2d) 65, aff'd [1991] 3 S.C.R. 593; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Bhadoria v. Seneca College of Applied Arts and Technology* (1979), 27 O.R. (2d) 142, rev'd [1981] 2 S.C.R. 181; *Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights Commission* (1990),

Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 602; *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; *Ministre du Revenu national c. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Syndicat canadien de la fonction publique c. Conseil des services essentiels*, [1989] R.J.Q. 2648; *Jacob et Bar Le Morency Inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec* (1988), 16 Q.A.C. 308; *Taverne Le Relais Inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1989] R.J.Q. 2490; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673; *Després c. Association des arpenteurs-géomètres du Nouveau-Brunswick* (1992), 130 R.N.-B. (2^e) 210; *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Coffin c. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 1307; *Nantais c. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 2465; *Services Asbestos Canadien (Québec) Ltée c. Commission de la construction du Québec*, [1989] R.J.Q. 1564; *G.E. Hamel Ltée c. Cournoyer*, [1989] R.J.Q. 2767; *Société de vin internationale Ltée c. Régie des permis d'alcool du Québec*, J.E. 91-853.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Bisaillon c. Keable*, [1980] C.A. 316, inf. [1983] 2 R.C.S. 60; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)* (1986), 3 Q.A.C. 163, inf. [1989] 1 R.C.S. 705; *Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 R.C.S. 3; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Uniacke c. Dickson* (1848), 1 N.S.R. 287; *Smith c. National Trust Co.* (1912), 45 R.C.S. 618; *Zaidan Group Ltd. c. London (City)* (1990), 71 O.R. (2d) 65, conf. [1991] 3 R.C.S. 593; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Bhadoria c. Seneca College of Applied Arts and Technology* (1979), 27 O.R. (2d) 142, inf. [1981] 2 R.C.S. 181; *Canada Trust Co. c. Ontario Human Rights Commission* (1990),

69 D.L.R. (4th) 321; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. ix; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *In re H. K. (An Infant)*, [1967] 2 Q.B. 617; *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1985] 1 F.C. 563, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. viii; *Saumur v. Procureur général de Québec*, [1964] S.C.R. 252; *Taylor v. Attorney-General (1837)*, 8 Sim. 413, 59 E.R. 164; *British Railways Board v. Pickin*, [1974] A.C. 765; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Larkin (1942)*, 29 Cr. App. R. 18; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Judges of the Provincial Court (Man.) v. Manitoba (1995)*, 102 Man. R. (2d) 51; *Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 405; *Bodnar v. Real Estate Council of British Columbia (1994)*, 121 D.L.R. (4th) 27; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Coffin v. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 1307; *Minister of National Revenue v. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *Attorney-General v. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436; *Lincoln College's Case (1595)*, 3 Co. Rep. 58b, 76 E.R. 764; *Chamberlain's Case (1611)*, Lane 117, 145 E.R. 346; *City of Victoria v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384; *The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 S.C.R. 76; *Lisenko v. Société zoologique de Granby Inc.*, T.D.P.Q., No. 460-53-000001-938, March 8, 1994; *Cutler v. Québec (Commission des droits de la personne)* (1986), 7 C.H.R.R. D/3610; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Re Peralta and The Queen in right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, aff'd [1988] 2 S.C.R. 1045; *The Queen v. Inhabitants of Watford (1846)*, 9 Q.B. 626, 115 E.R.

69 D.L.R. (4th) 321; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. ix; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *In re H. K. (An Infant)*, [1967] 2 Q.B. 617; *Enquête Énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1985] 1 C.F. 563, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. viii; *Saumur c. Procureur général de Québec*, [1964] R.C.S. 252; *Taylor c. Attorney-General (1837)*, 8 Sim. 413, 59 E.R. 164; *British Railways Board c. Pickin*, [1974] A.C. 765; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Larkin (1942)*, 29 Cr. App. R. 18; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Judges of the Provincial Court (Man.) c. Manitoba (1995)*, 102 Man. R. (2d) 51; *Roynat Inc. c. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 405; *Bodnar c. Real Estate Council of British Columbia (1994)*, 121 D.L.R. (4th) 27; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Coffin c. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 1307; *Ministre du Revenu national c. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Attorney-General c. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436; *Lincoln College's Case (1595)*, 3 Co. Rep. 58b, 76 E.R. 764; *Chamberlain's Case (1611)*, Lane 117, 145 E.R. 346; *City of Victoria c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384; *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76; *Lisenko c. Société zoologique de Granby Inc.*, T.D.P.Q., n° 460-53-000001-938, 8 mars 1994; *Cutler c. Québec (Commission des droits de la personne)* (1986), 7 C.H.R.R. D/3610; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Re Peralta and The Queen in right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, conf. [1988] 2 R.C.S. 1045;

1413; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting liquor permits, R.S.Q., c. P-9.1, ss. 2 [rep. 1993, c. 39, s. 77], 4 [*idem*], 5 [*idem*], 8 [*idem*], 9 [*idem*], 10 [*idem*], 11 [*idem*], 12 [*idem*], 15 [*idem*], 16 [sub. 1991, c. 51, s. 3; rep. 1993, c. 39, s. 77], 21 [am. 1986, c. 86, s. 38; am. 1988, c. 46, s. 24; rep. 1993, c. 39, s. 77], 22 [*idem*], 24 [*idem*], 24.1 [ad. 1991, c. 31, s. 1], 25 *et seq.*, 36 [am. 1983, c. 28, s. 50; am. 1986, c. 95, s. 208], 39 [am. 1987, c. 12, s. 51; am. 1991, c. 51, s. 5], 40, 41 to 42.2, 51 [sub. 1991, c. 51, s. 11], 53 to 68, 75 [am. 1986, c. 96, s. 26; am. 1991, c. 51, s. 14], 85 [am. 1986, c. 86, s. 41; am. 1988, c. 46, s. 24], 86 [am. 1983, c. 28, s. 54; am. 1986, c. 96, s. 28; am. 1990, c. 4, s. 633], 86(8) [am. 1986, c. 96, s. 28], 93 [am. 1991, c. 51, s. 21], 96 [am. 1986, c. 58, s. 69; *idem*, c. 86, s. 41; am. 1988, c. 46, s. 24; am. 1991, c. 51, s. 24], 99 [am. 1986, c. 86, s. 41; am. 1988, c. 46, s. 24], 101 [rep. 1993, c. 39, s. 81], 102 [am. 1991, c. 51, s. 26], 103, 104 [rep. 1993, c. 39, s. 81], 104.1 [ad. 1986, c. 96, s. 32; rep. 1993, c. 39, s. 81], 107 [rep. 1993, c. 39, s. 81], 110, 111 [am. 1983, c. 28, s. 57; am. 1986, c. 86, s. 41; am. 1988, c. 46, s. 24], 116, 175 [am. 1986, c. 86, s. 38; am. 1988, c. 46, s. 24].

Act respecting the Régie des alcools, des courses et des jeux and amending various legislative provisions, S.Q. 1993, c. 39.

Act to amend the Code of Civil Procedure and the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1993, c. 30.

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [now R.S.C., 1985, App. III], s. 2(e), (f).

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 23 [am. 1982, c. 17, s. 42], 38 [sub. *idem*, c. 61, s. 15], 52 [*idem*, s. 16], 56(1) [am. 1989, c. 51, s. 2], 57, 71, para. 2(1) [sub. *idem*, s. 5], 77, para. 2 [*idem*].

Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1975, c. 6, s. 23.

Civil Code of Lower Canada, arts. 157 [rep. S.Q. 1980, c. 39, s. 14], 1018.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1427.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 1, 4(j) [sub. 1992, c. 57, s. 171], 13 [sub. 1982, c. 17, s. 2; am. 1984, c. 26, s. 1; am. 1993, c. 30, s. 1], 14, 15, 22 [am. 1988, c. 21, s. 76; am. 1992, c. 57, s. 422], 49 to 54, 84, 453 *et seq.*, 834 to 837, 844 [am. 1992, c. 57, s. 390], 845, 846 [am. *idem*, s. 422].

The Queen c. Inhabitants of Watford (1846), 9 Q.B. 626, 115 E.R. 1413; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23 [mod. 1982, ch. 17, art. 42], 38 [rempl. *idem*, ch. 61, art. 15], 52 [*idem*, art. 16], 56(1) [mod. 1989, ch. 51, art. 2], 57, 71, al. 2(1) [rempl. *idem*, art. 5], 77, al. 2 [*idem*].

Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1975, ch. 6, art. 23.

Code civil du Bas Canada, art. 157 [abr. L.Q. 1980, ch. 39, art. 14], 1018.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1427.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1, 4(j) [rempl. 1992, ch. 57, art. 171], 13 [rempl. 1982, ch. 17, art. 2; mod. 1984, ch. 26, art. 1; mod. 1993, ch. 30, art. 1], 14, 15, 22 [mod. 1988, ch. 21, art. 76; mod. 1992, ch. 57, art. 422], 49 à 54, 84, 453 *et suiv.*, 834 à 837, 844 [mod. 1992, ch. 57, art. 390], 845, 846 [mod. *idem*, art. 422].

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [la *Convention européenne des droits de l'Homme*], 213 R.T.N.U. 221, art. 6(1).

Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [maintenant L.R.C. (1985), app. III], art. 2e), f).

Déclaration universelle des droits de l'Homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 10.

Loi modifiant le Code de procédure civile et la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1993, ch. 30.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7.

Loi sur la fonction publique, L.R.Q., ch. F-3.1.1.

Loi sur la Régie des alcools, des courses et des jeux et modifiant diverses dispositions législatives, L.Q. 1993, ch. 39.

Loi sur les permis d'alcool, L.R.Q., ch. P-9.1, art. 2 [abr. 1993, ch. 39, art. 77], 4 [*idem*], 5 [*idem*], 8 [*idem*], 9 [*idem*], 10 [*idem*], 11 [*idem*], 12 [*idem*], 15 [*idem*], 16 [rempl. 1991, ch. 51, art. 3; abr. 1993, ch. 39, art. 77], 21 [mod. 1986, ch. 86, art. 38; mod. 1988, ch. 46, art. 24; abr. 1993, ch. 39, art. 77], 22 [*idem*], 24 [*idem*], 24.1 [aj. 1991, ch. 31, art. 1], 25 *et suiv.*, 36 [mod. 1983, ch. 28, art. 50; mod. 1986, ch. 95, art. 208], 39 [mod. 1987, ch. 12, art. 51; mod. 1991, ch. 51, art. 5], 40, 41 à 42.2, 51 [rempl. 1991, ch. 51, art. 11], 53 à 68, 75 [mod. 1986, ch. 96, art. 26; mod. 1991, ch. 51, art. 14], 85 [mod. 1986, ch. 86, art. 41; mod. 1988, ch. 46, art. 24], 86 [mod. 1983,

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [the *European Convention on Human Rights*], 213 U.N.T.S. 221, art. 6(1).

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 1 [am. 1988, c. 21, s. 1; am. 1992, c. 61, s. 612].

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7.

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(1).

Public Service Act, R.S.Q., c. F-3.1.1.

Règles de régie interne de la Régie des permis d'alcool du Québec, R.R.Q. 1981, c. P-9.1, r. 9, s. 15.

Regulation respecting the handling of complaints and the procedure applicable to the investigations of the Commission des droits de la personne, (1991) 123 G.O. II, 1097.

Regulation respecting the procedure applicable before the Régie des permis d'alcool du Québec, R.R.Q. 1981, c. P-9.1, r. 7, ss. 22, 26, 36.

Rules of practice of the Human Rights Tribunal, (1993) 125 G.O. II, 6031, s. 51.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 10.

Authors Cited

Belkaoui, A. *Linguistic Relativism in Accounting*. Working Paper 76-7. Ottawa: University of Ottawa, 1976.

Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation: A Code*, 2nd ed. London: Butterworths, 1992.

Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation: Codified, with a critical Commentary*. London: Butterworths, 1984.

Brault, Bernard, et autres. *Guide de la saine gestion des entreprises et des organisations (Principes d'administration et de gestion généralement reconnus)*, 2^e éd. Montréal: Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec, 1992 (feuilles mobiles).

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald, eds., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.

Canadian Institute of Chartered Accountants. *CICA Handbook*. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1968 (loose-leaf).

Canadian Institute of Chartered Accountants. *The Accountant's Manual*. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1995 (loose-leaf).

ch. 28, art. 54; mod. 1986, ch. 96, art. 28; mod. 1990, ch. 4, art. 633], 86(8) [mod. 1986, ch. 96, art. 28], 93 [mod. 1991, ch. 51, art. 21], 96 [mod. 1986, ch. 58, art. 69; *idem*, ch. 86, art. 41; mod. 1988, ch. 46, art. 24; mod. 1991, ch. 51, art. 24], 99 [mod. 1986, ch. 86, art. 41; mod. 1988, ch. 46, art. 24], 101 [abr. 1993, ch. 39, art. 81], 102 [mod. 1991, ch. 51, art. 26], 103, 104 [abr. 1993, ch. 39, art. 81], 104.1 [aj. 1986, ch. 96, art. 32; abr. 1993, ch. 39, art. 81], 107 [abr. 1993, ch. 39, art. 81], 110, 111 [mod. 1983, ch. 28, art. 57; mod. 1986, ch. 86, art. 41; mod. 1988, ch. 46, art. 24], 116, 175 [mod. 1986, ch. 86, art. 38; mod. 1988, ch. 46, art. 24].

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 1 [mod. 1988, ch. 21, art. 1; mod. 1992, ch. 61, art. 612].

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(1).

Règlement sur la procédure applicable devant la Régie des permis d'alcool du Québec, R.R.Q. 1981, ch. P-9.1, r. 7, art. 22, 26, 36.

Règlement sur le traitement des plaintes et la procédure applicable aux enquêtes de la Commission des droits de la personne, (1991) 123 G.O. II, 1459.

Règles de procédure du Tribunal des droits de la personne, (1993) 125 G.O. II, 7828, art. 51.

Règles de régie interne de la Régie des permis d'alcool du Québec, R.R.Q. 1981, ch. P-9.1, r. 9, art. 15.

Doctrine citée

Belkaoui, A. *Linguistic Relativism in Accounting*. Working Paper 76-7. Ottawa: University of Ottawa, 1976.

Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation: A Code*, 2nd ed. London: Butterworths, 1992.

Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation: Codified, with a critical Commentary*. London: Butterworths, 1984.

Brault, Bernard, et autres. *Guide de la saine gestion des entreprises et des organisations (Principes d'administration et de gestion généralement reconnus)*, 2^e éd. Montréal: Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec, 1992 (feuilles mobiles).

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald, eds., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.

Copi, Irving M., and Carl Cohen. *Introduction to Logic*, 8th ed. New York: Macmillan, 1990.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

- Copi, Irving M., and Carl Cohen. *Introduction to Logic*, 8th ed. New York: Macmillan, 1990.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Du Plessis, Lourens Marthinus. *The Interpretation of Statutes*. Durban, South Africa: Butterworths, 1986.
- Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vols. 1 and 4, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985-1990.
- Eskridge, William N. *Dynamic Statutory Interpretation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 36, 3rd ed. London: Butterworths, 1961.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 44(1), 4th ed. London: Butterworths, 1995.
- Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l'ICCA*. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, 1969 (feuilles mobiles).
- Institut canadien des comptables agréés. *The Accountant's Manual*. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, 1995 (feuilles mobiles).
- Jackett, W. R. «Foundations of Canadian Law in History and Theory». In O. E. Lang, ed., *Contemporary Problems of Public Law in Canada*. Toronto: University of Toronto, 1968, 3.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Keable, Jean F. «Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)». Dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 251.
- Maitland, Frederic William. *The Constitutional History of England*. Cambridge: Cambridge University Press, 1908.
- Michell, Paul. «Just Do It! Eskridge's Critical Pragmatic Theory of Statutory Interpretation» (1996), 41 *McGill L.J.* 713.
- Nobes, Christopher. «The True and Fair View Requirement: Impact on and of the Fourth Directive» (1993), 24 *Accounting and Business Research* 35.
- Nussbaum, Martha C. «Platonic Love and Colorado Law: The Relevance of Ancient Greek Norms to Modern Sexual Controversies» (1994), 80 *Va. L. Rev.* 1515.
- Nussbaum, Martha C. «The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education» (1993), 45 *Stan. L. Rev.* 1627.
- Québec. Régie des permis d'alcool. *Rapport annuel 1991-1992*. Québec: Publications du Québec, 1992.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Du Plessis, Lourens Marthinus. *The Interpretation of Statutes*. Durban, South Africa: Butterworths, 1986.
- Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. I et III, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1984-1989.
- Eskridge, William N. *Dynamic Statutory Interpretation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 36, 3rd ed. London: Butterworths, 1961.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 44(1), 4th ed. London: Butterworths, 1995.
- Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l'ICCA*. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, 1969 (feuilles mobiles).
- Institut canadien des comptables agréés. *The Accountant's Manual*. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, 1995 (feuilles mobiles).
- Jackett, W. R. «Foundations of Canadian Law in History and Theory». In O. E. Lang, ed., *Contemporary Problems of Public Law in Canada*. Toronto: University of Toronto, 1968, 3.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Keable, Jean F. «Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)». Dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 251.
- Maitland, Frederic William. *The Constitutional History of England*. Cambridge: Cambridge University Press, 1908.
- Michell, Paul. «Just Do It! Eskridge's Critical Pragmatic Theory of Statutory Interpretation» (1996), 41 *R.D. McGill* 713.
- Nobes, Christopher. «The True and Fair View Requirement: Impact on and of the Fourth Directive» (1993), 24 *Accounting and Business Research* 35.
- Nussbaum, Martha C. «Platonic Love and Colorado Law: The Relevance of Ancient Greek Norms to Modern Sexual Controversies» (1994), 80 *Va. L. Rev.* 1515.
- Nussbaum, Martha C. «The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education» (1993), 45 *Stan. L. Rev.* 1627.
- Québec. Régie des permis d'alcool. *Rapport annuel 1991-1992*. Québec: Publications du Québec, 1992.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.

Singer, Norman J. *Statutes and Statutory Construction*, vol. 2A, 5th ed. New York: CBC, 1992.

Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd rev. ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1975.

Zamir, Itzhak. *The Declaratory Judgment*, 2nd ed. By Lord Woolf and Jeremy Woolf. London: Sweet & Maxwell, 1993.

Zander, Michael. *The Law-Making Process*, 4th ed. London: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 2440, 65 Q.A.C. 245, 122 D.L.R. (4th) 553, affirming in part a judgment of the Superior Court, [1993] R.J.Q. 1877, 17 Admin. L.R. (2d) 69, granting the respondent's motion in evocation. Appeal allowed.

Jean-Yves Bernard and Benoît Belleau, for the appellants.

Simon Venne and Marie Paré, for the respondent.

English version of the judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. delivered by

GONTHIER J. — This appeal gives the Court an opportunity to clarify the scope of the requirements imposed on administrative tribunals by s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. The specific case of the Régie des permis d'alcool underscores the need to reconcile the imperatives of administrative convenience with the principles of impartiality and independence, which cannot readily be compromised.

I — Facts

The respondent corporation operated the Bistro-Bar La Petite Maison Enr. in St-Jérôme pursuant to two permits issued by the Régie des permis d'alcool. Following a number of complaints and the combined action of three police forces, the chairman of the Régie sent the respondent a notice of summons on May 1, 1992. In that document,

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.

Singer, Norman J. *Statutes and Statutory Construction*, vol. 2A, 5th ed. New York: CBC, 1992.

Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd rev. ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1975.

Zamir, Itzhak. *The Declaratory Judgment*, 2nd ed. By Lord Woolf and Jeremy Woolf. London: Sweet & Maxwell, 1993.

Zander, Michael. *The Law-Making Process*, 4th ed. London: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 2440, 65 Q.A.C. 245, 122 D.L.R. (4th) 553, qui a confirmé en partie un jugement de la Cour supérieure, [1993] R.J.Q. 1877, 17 Admin. L.R. (2d) 69, qui avait accueilli la requête en évocation de l'intimée. Pourvoi accueilli.

Jean-Yves Bernard et Benoît Belleau, pour les appelants.

Simon Venne et Marie Paré, pour l'intimée.

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

LE JUGE GONTHIER — Ce pourvoi donne à notre Cour l'occasion de préciser la portée des exigences qu'impose l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, aux tribunaux administratifs. Le cas particulier de la Régie des permis d'alcool met en évidence la nécessité de concilier les impératifs de commodité administrative et les principes d'impartialité et d'indépendance, avec lesquels il ne saurait trop facilement être transigé.

I — Les faits

La société intimée exploitait à St-Jérôme le Bistro-Bar La Petite Maison Enr., en vertu de deux permis délivrés par la Régie des permis d'alcool. Suite à de nombreuses plaintes et à l'action conjointe de trois corps policiers, le président de la Régie envoie le 1^{er} mai 1992 un avis de convocation à l'intimée. Par ce document qui énonce les

1

2

which set out the various allegations against the respondent, the Régie informed the respondent that it intended to hold a hearing before making any decision concerning the cancellation or suspension of the permits. Counsel for the Régie and for the respondent accordingly adduced evidence for seven days before two directors through a number of witnesses. Then, on October 14, 1992, the chairman of the Régie sent the respondent a supplementary notice of summons on the basis of new evidence. A further seven days of hearings were necessary before the directors decided, on February 17, 1993, to revoke both of the respondent's liquor permits on the ground of disturbance of public tranquility. Among the reasons given by the directors for imposing this penalty under ss. 75 and 86(8) of the *Act respecting liquor permits*, R.S.Q., c. P-9.1 (the "Act"), were that the establishment caused excessive noise and that narcotics trafficking was taking place there.

divers reproches retenus à l'encontre de l'intimée, la Régie fait état de son intention de tenir une audience avant que ne soit prise une décision quant au retrait ou à la suspension des permis. Pendant sept jours, le procureur de la Régie et celui de l'intimée présentent donc devant deux régisseurs une preuve, à l'aide de nombreux témoins. Par la suite, le 14 octobre 1992, le président de la Régie, s'appuyant sur des faits nouveaux, envoie à l'intimée un avis de convocation supplémentaire. Sept jours d'audience seront encore nécessaires avant que les régisseurs ne décident, le 17 février 1993, de révoquer les deux permis d'alcool de l'intimée pour cause d'atteinte à la tranquillité publique. Les régisseurs justifient notamment cette sanction, fondée sur l'art. 75 et le par. 86(8) de la *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.Q., ch. P-9.1 (la «Loi»), par le bruit excessif causé par l'établissement et le trafic de stupéfiants s'y tenant.

³ The respondent challenged that decision in the Superior Court by way of evocation. It asked that the decision be quashed and further asked that s. 2 of the Act, which establishes the Régie, be declared invalid on the basis that the Régie does not comply with the guarantees of independence and impartiality set out in s. 23 of the *Charter*. On June 15, 1993, the Superior Court granted the motion and, by declaring the impugned provision invalid and of no force or effect, called the very existence of the Régie into question: [1993] R.J.Q. 1877, 17 Admin. L.R. (2d) 69. However, the Superior Court suspended the effect of the declaration of invalidity for a period of 12 months.

L'intimée conteste cette décision en Cour supérieure par voie d'évocation. Elle en requiert l'annulation, mais demande aussi l'invalidation de l'art. 2 de la Loi, qui établit la Régie, en alléguant que cet organisme ne respecte pas les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par l'art. 23 de la *Charte*. Le 15 juin 1993, la Cour supérieure accueille la requête et, en déclarant invalide et inopérante la disposition contestée, remet en cause l'existence même de la Régie: [1993] R.J.Q. 1877, 17 Admin. L.R. (2d) 69. La Cour supérieure suspend cependant pour une période de 12 mois l'effet de cette déclaration d'invalidité.

⁴ An appeal was brought by the Attorney General of Quebec and the Régie. Before the appeal could be heard on its merits, the Régie des alcools, des courses et des jeux replaced the Régie des permis d'alcool pursuant to the *Act respecting the Régie des alcools, des courses et des jeux and amending various legislative provisions*, S.Q. 1993, c. 39. That Act, part of which came into force on July 14, 1993, provides that the new body acquires the rights and assumes the obligations of the defunct Régie des permis d'alcool and has an expanded role in respect of racing and gambling. The parties

Un appel est formé par le procureur général du Québec et la Régie. Avant que le pourvoi ne puisse être entendu au fond, la Régie des alcools, des courses et des jeux vient remplacer la Régie des permis d'alcool, par l'effet de la *Loi sur la Régie des alcools, des courses et des jeux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1993, ch. 39. Entrée en vigueur en partie le 14 juillet 1993, cette loi prévoit que le nouvel organisme acquiert les droits et assume les obligations de la défunte Régie des permis d'alcool, et remplit un rôle accru en matière de courses et de jeux. Les

nevertheless considered the Superior Court proceedings to be as important as ever because of the similarity between the two bodies. On September 23, 1994, the Court of Appeal allowed the appeal in part, declaring s. 2 of the Act: [1994] R.J.Q. 2440, 65 Q.A.C. 245, 122 D.L.R. (4th) 553, to be valid. However, the majority of the court held the reference to s. 75 in s. 86(8) of the Act to be invalid and of no force or effect. Beauguard J.A., in dissent, would have allowed the appeal in its entirety.

II — Relevant Statutory Provisions

Act respecting liquor permits, R.S.Q., c. P-9.1

2. A body is established under the name of "Régie des permis d'alcool du Québec".

75. The holder of a permit must not use that permit in a manner that will disturb public tranquility.

85. The Régie may cancel a permit or suspend it for such period as it may determine, of its own initiative or on the application of the permit holder, the Minister of Public Security, the municipal corporation in whose territory the permit is used or any other interested person.

86. The Régie may cancel or suspend a permit, if

. . .

(8) the permit holder contravenes any provision of sections 70 to 73, 75, 78 and 82, or refuses or neglects to comply with the requirements of the Régie contemplated in section 110;

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

. . .

56. (1) In sections 9, 23, 30, 31, 34 and 38, in Chapter III of Part II and in Part IV, the word "tribunal" includes a coroner, a fire investigation commissioner, an inquiry commission, and any person or agency exercising quasi-judicial functions.

parties considèrent néanmoins que le débat engagé en Cour supérieure conserve toute son importance, en raison de la ressemblance entre les deux organismes. Le 23 septembre 1994, la Cour d'appel accueille le pourvoi en partie et déclare valide l'art. 2 de la Loi: [1994] R.J.Q. 2440, 65 Q.A.C. 245, 122 D.L.R. (4th) 553. La majorité de la cour déclare cependant invalide et inopérante la mention de l'art. 75 contenue au par. 86(8) de la Loi. Le juge Beauguard, dissident, aurait quant à lui accueilli l'appel en totalité.

II — Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les permis d'alcool, L.R.Q., ch. P-9.1

2. Un organisme est institué sous le nom de «Régie des permis d'alcool du Québec».

75. Un détenteur d'un permis ne doit pas l'exploiter de manière à nuire à la tranquillité publique.

85. La Régie peut révoquer un permis ou le suspendre pour une période qu'elle détermine, de sa propre initiative ou à la suite d'une demande présentée par le détenteur du permis, le ministre de la Sécurité publique, la corporation municipale sur le territoire de laquelle est exploité le permis ou par tout autre intéressé.

86. La Régie peut révoquer ou suspendre un permis si:

. . .

8° le détenteur du permis contrevient à une disposition des articles 70 à 73, 75, 78 ou 82 ou refuse ou néglige de se conformer à une demande de la Régie visée à l'article 110;

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

. . .

56. 1. Dans les articles 9, 23, 30, 31, 34 et 38, dans le chapitre III de la partie II ainsi que dans la partie IV, le mot «tribunal» inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires.

III — Judgments of the Courts Below*Superior Court*III — Jugements des tribunaux d'instance inférieure*La Cour supérieure*

6 Vaillancourt J. considered the motion submitted to him from the perspective of s. 23 of the *Charter*. In his view, s. 23 is applicable where the Régie exercises quasi-judicial functions, such as where it suspends a liquor permit in effect. Vaillancourt J. then made a distinction between impartiality and independence and, although of the view that impartiality is invariable, stated that the requirements of independence must be applied less strictly to administrative bodies. In assessing the structure of the Régie, Vaillancourt J. applied the tests developed in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114. It was thus first necessary to determine whether a fully informed person would have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases.

Le juge Vaillancourt examine la requête qui lui est soumise sous l'angle de l'art. 23 de la *Charte*. Cette disposition trouve en effet application, à son avis, lorsque la Régie exerce des fonctions quasi judiciaires. Tel est le cas lorsqu'il y a suspension d'un permis d'alcool en vigueur. Le juge Vaillancourt distingue ensuite l'impartialité de l'indépendance et, tout en étant d'avis que l'impartialité ne peut être modulée, il prétend que les exigences d'indépendance doivent être appliquées avec moins de sévérité aux organismes administratifs. Afin d'évaluer la structure de la Régie, le juge Vaillancourt fait appel aux critères élaborés dans l'affaire *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Il lui faut donc dans un premier temps déterminer si une personne très bien informée éprouverait une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas.

7 On this point, Vaillancourt J. was of the view that two factors establish institutional bias on the part of the Régie. First, there is a close relationship of dependence between the Minister of Public Security, the chairman, the directors, counsel for the Régie and the police. Second, Vaillancourt J. pointed out that in the vast majority of cases the Régie conducts the investigation, assesses the complaints, lays the complaints, presides over the hearing and makes the decisions. According to Vaillancourt J., the apprehension of bias resulting from these characteristics of the Régie cannot be sufficiently alleviated by the fact that the Act contains other guarantees, such as those related to the security of tenure and financial security of the directors. In his view, the constitution and organization of the Régie at the relevant time did not meet the requirements of s. 23 of the *Charter*. He therefore considered it necessary to declare the provision establishing the Régie invalid and of no force or effect. To mitigate the consequences of the organization's immediate disappearance, however, Vaillancourt J. suspended the effect of his decision for a period of 12 months.

À ce sujet, deux éléments établissent selon le juge Vaillancourt la partialité institutionnelle de la Régie. Il existe d'abord des liens étroits et de dépendance entre le ministre de la Sécurité publique, le président, les régisseurs, les avocats de la Régie et le corps policier. D'autre part, le juge Vaillancourt relève que la Régie, dans la grande majorité des cas, mène l'enquête, évalue les plaintes, porte les plaintes, préside l'audience et rend les décisions. La crainte de partialité qui découle de ces caractéristiques de la Régie ne peut, selon le juge Vaillancourt, être suffisamment atténuée par l'existence dans la Loi d'autres garanties, comme celles qui portent sur l'inamovibilité et la sécurité financière des régisseurs. À son avis, la constitution et l'organisation de la Régie à l'époque pertinente ne respectaient pas les exigences posées par l'art. 23 de la *Charte*. Il lui paraît donc nécessaire de déclarer invalide et inopérante la disposition établissant la Régie. Afin de pallier les inconvénients d'une disparition immédiate de l'organisme, le juge Vaillancourt suspend cependant l'effet de sa décision pour une période de 12 mois.

*Court of Appeal*Brossard J.A.

According to Brossard J.A., an analysis of the Act confirms the trial judge's finding of a close relationship and even interdependence among all those involved in the process of investigation, summoning, hearing and adjudication. That is true of the directors, police investigators and counsel, who are directly or indirectly dependent on the Minister of Public Security for various aspects of their functions. Brossard J.A. also considered that the Act does not include further guarantees capable of overcoming the apprehension of bias. Thus, if the Régie were to be considered an adjudicative body, its institutional structure would not, according to Brossard J.A., meet the requirements of impartiality and independence under s. 23 of the *Charter*.

In Brossard J.A.'s view, however, the Régie is first and foremost an economic regulatory agency that exercises adjudicative functions only incidentally. As such, it does not have to meet the requirements of s. 23 when it is exercising merely administrative functions. This conclusion was sufficient for Brossard J.A. to reverse the trial judgment declaring s. 2 of the Act invalid and of no force or effect.

Brossard J.A. nevertheless considered that the Régie is subject to s. 23 of the *Charter* when making an adjudicative decision. He concluded after analysing the Act, cases and authors that only a decision to cancel or suspend a permit on account of disturbance of public tranquility under ss. 75 and 86(8) has those characteristics. Since the Régie does not provide the guarantees of impartiality and institutional independence required to exercise that power, Brossard J.A. declared the reference to s. 75 in s. 86(8) of the Act invalid and of no force or effect.

*La Cour d'appel*Le juge Brossard

Selon le juge Brossard, l'analyse de la Loi confirme la conclusion du premier juge quant à l'existence de liens étroits et même d'interdépendance entre toutes les personnes engagées dans le processus d'enquête, de convocation, d'audition et d'adjudication. Tel est ainsi le cas des régisseurs, policiers enquêteurs et procureurs qui, directement ou indirectement, dépendent quant à de nombreux aspects de leurs fonctions du même ministre de la Sécurité publique. Le juge Brossard considère de plus que la Loi n'offre pas les garanties additionnelles pouvant obvier aux craintes de partialité. Ainsi, si la Régie devait être considérée comme un organisme juridictionnel, le juge Brossard serait d'avis que sa structure institutionnelle ne remplit pas les exigences d'impartialité et d'indépendance posées par l'art. 23 de la *Charte*.

Mais pour le juge Brossard, la Régie reste d'abord et avant tout un organisme de régulation économique, qui n'exerce qu'accessoirement des fonctions d'adjudication. À ce titre, la Régie ne doit pas être assujettie aux exigences formulées à l'art. 23 lorsqu'elle n'exerce que des fonctions administratives. Cette conclusion suffit au juge Brossard pour réformer le jugement de première instance déclarant invalide et inopérant l'art. 2 de la Loi.

Le juge Brossard considère malgré tout que la Régie demeure assujettie à l'art. 23 de la *Charte* lorsqu'elle procède à une adjudication de nature juridictionnelle. L'analyse de la Loi, de la jurisprudence et de la doctrine lui permet de conclure que seule une décision de révocation ou de suspension d'un permis pour motif d'atteinte à la tranquillité publique fondée sur l'art. 75 et le par. 86(8) possède ces caractéristiques. Puisque la Régie n'offre pas les garanties d'impartialité et d'indépendance institutionnelles requises pour exercer ce pouvoir, le juge Brossard déclare invalide et inopérante la mention de l'art. 75 au par. 86(8) de la Loi.

8

9

10

LeBel J.A.Le juge LeBel

11 LeBel J.A. agreed with Brossard J.A. concerning the very existence of the Régie. As a multifunctional body that exercises powers of regulation, supervision, investigation and adjudication, the Régie cannot be subject in its entirety to the requirements of s. 23 of the *Charter*. According to LeBel J.A., the functions are distinct and can be severed, and s. 23 applies only to those that are judicial or quasi-judicial in nature.

Le juge LeBel partage l'avis du juge Brossard quant à l'existence même de la Régie. Organisme plurifonctionnel exerçant des pouvoirs de réglementation, de surveillance, d'enquête et d'adjudication, la Régie ne saurait être assujettie dans son ensemble aux exigences de l'art. 23 de la *Charte*. Selon le juge LeBel, les fonctions se distinguent et peuvent être scindées, et il n'y a que celles qui possèdent un caractère judiciaire ou quasi judiciaire qui mettent en jeu l'art. 23.

12 On this point, LeBel J.A. dissociated himself from Brossard J.A.'s opinion. In his view, the entire process of cancellation or suspension of liquor permits under ss. 85 and 86 of the Act is judicial or quasi-judicial in nature. LeBel J.A. noted in particular that this process could result in the infringement of a right or a specific legal situation. He also noted that the Act requires the Régie to operate judicially in a number of aspects by sending a notice of summons, holding a hearing and filing a written decision giving reasons.

À cet égard, le juge LeBel se dissocie de l'opinion exprimée par le juge Brossard. Il considère en effet que l'ensemble du processus de révocation ou de suspension de permis d'alcool, en vertu des art. 85 et 86 de la Loi, possède un caractère judiciaire ou quasi judiciaire. Le juge LeBel relève notamment qu'à l'issue de ce processus, il peut y avoir atteinte à un droit ou une situation juridique particulière. Il souligne également que la Loi oblige sous plusieurs aspects la Régie à opérer sous une forme judiciaire, par l'envoi d'une convocation, la tenue d'une audience et le dépôt d'une décision écrite et motivée.

13 According to LeBel J.A., the Régie does not comply with the fundamental guarantee of impartiality in exercising these quasi-judicial functions. In his view, its structure and the manner in which its investigations and hearings are conducted necessarily can only raise a reasonable apprehension of institutional bias. LeBel J.A. stated that the Régie's action in these areas is based on a lack of separation of roles, since the same directors can initiate an investigation, lay charges and try them, and the same counsel can prepare a file, recommend that a complaint be laid and present the case to the directors, for whom they sometimes act as advisers. However, LeBel J.A. did not consider the method of appointment and designation of directors problematic. Nevertheless, in light of the Régie's structural deficiencies, he would have declared ss. 85 and 86 of the Act invalid and of no force or effect in their entirety.

Dans l'exercice de ces fonctions quasi judiciaires, la Régie ne respecte pas, selon le juge LeBel, la garantie fondamentale d'impartialité. La structure de l'organisme, ainsi que le mode de conduite des enquêtes et auditions, ne peuvent à son avis que susciter une crainte raisonnable de partialité institutionnelle. Le juge LeBel affirme en effet que l'action de la Régie en ces domaines repose sur la confusion des rôles, puisque les mêmes régisseurs peuvent déclencher l'enquête, porter les accusations et les juger, et les mêmes avocats peuvent préparer les dossiers, recommander le dépôt des plaintes et présenter l'affaire devant les régisseurs, qu'ils conseilleront parfois. Toutefois, le juge LeBel est d'avis que le mode de nomination et de désignation des régisseurs ne pose pas problème. Malgré tout, à la lumière des lacunes structurelles de la Régie, il aurait déclaré invalides et inopérants l'ensemble des art. 85 et 86 de la Loi.

Beauregard J.A. (dissenting)

Beauregard J.A. agreed with his colleagues concerning the very existence of the Régie. He considered, however, that the cancellation or suspension of a liquor permit, regardless of the ground, amounts to the exercise of an administrative discretion. In his view, the sole purpose of the opportunity given to the permit holder to be heard and of the procedure of a judicial nature imposed on the Régie is to guarantee the permit holder fair treatment. Since the Régie does not exercise an adjudicative function in cancelling a permit, s. 23 is not applicable in Beauregard J.A.'s opinion.

In the alternative, had he concluded that the cancellation power was quasi-judicial in nature, Beauregard J.A. would have been of the view that the requirements of s. 23 of the *Charter* had not been met. He noted that to comply with s. 23, it would at the very least have been necessary for the Régie's structure to include very clear separations between the individuals exercising different functions.

IV — Analysis

This appeal again raises the principles of judicial impartiality and independence and requires this Court to assess the structure and operating procedures of the Régie des permis d'alcool from that perspective. Before getting to the heart of the matter, however, it will be necessary to consider the scope of the requirements set out in s. 23 of the *Charter*. The parties disagree as to the extent of the protection resulting therefrom.

A. *Section 23 of the Charter*(1) Scope

Section 23 of the *Charter* entrenches in Quebec the right of every citizen to a public and fair hearing by an independent and impartial tribunal. Despite the variations in terminology, it recognizes classic principles relating to judicial impartiality and independence. I will come back to the specific content of the right protected by s. 23 but will

Le juge Beauregard (dissident)

Le juge Beauregard partage l'avis de ses collègues quant à l'existence même de la Régie. Il considère cependant que la révocation ou la suspension d'un permis d'alcool, quel qu'en soit le motif, constitue l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire. L'occasion donnée au détenteur de se faire entendre et la procédure de nature judiciaire imposée à la Régie ne visent à son avis qu'à assurer au détenteur un traitement équitable. La Régie ne remplissant pas lors de la révocation d'un permis une fonction juridictionnelle, l'art. 23 ne trouve pas application, aux yeux du juge Beauregard.

De façon alternative, s'il avait conclu que le pouvoir de révocation était de nature quasi judiciaire, le juge Beauregard aurait été d'avis qu'il n'avait pas été satisfait aux exigences de l'art. 23 de la *Charte*. Il remarque en effet que pour s'y conformer, il aurait à tout le moins fallu qu'à l'intérieur de l'organisme existent des séparations très étanches entre les personnes remplissant diverses fonctions.

IV — Analyse

Le présent pourvoi met à nouveau en cause les principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire, et requiert de notre Cour qu'elle évalue dans cette perspective la structure et le mode de fonctionnement de la Régie des permis d'alcool. Avant d'entrer dans le vif du sujet, cependant, il importe de s'attarder à la portée des exigences posées par l'art. 23 de la *Charte*. Les parties s'opposent en effet quant à l'étendue de la protection qui en découle.

A. *L'article 23 de la Charte*(1) Domaine d'application

L'article 23 de la *Charte* consacre dans le contexte québécois le droit de tout citoyen à une audience publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé. Derrière les variations terminologiques se cache la reconnaissance de principes classiques relatifs à l'impartialité et l'indépendance de la justice. Je reviendrai

14

15

16

17

begin by noting that its characteristics and importance are an indication of its scope. Difficulties remain in this regard, however, as a result of s. 56 of the *Charter*, which provides that the word "tribunal" used in s. 23 includes "any person or agency exercising quasi-judicial functions". The characterization process necessitated by this provision must therefore be explained.

sur le contenu précis du droit ainsi protégé, mais je note d'emblée que ses caractéristiques et son importance permettent d'en entrevoir le domaine d'application. Des difficultés persistent à ce sujet, cependant, en raison de l'art. 56 de la *Charte*, qui dispose que le terme «tribunal» employé à l'art. 23 inclut notamment «une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires». La démarche de qualification préalable imposée par cette disposition doit donc être précisée.

18 The appellants made a series of preliminary submissions all of which challenged the application of s. 23 to the case at bar. The appellants essentially argued that the Régie is exempt from the requirements of impartiality and independence because it is first and foremost an administrative agency that regulates and controls a clearly defined sector of economic activity in the public interest. As a result, they argued, it should not be found to exercise primarily quasi-judicial functions within the meaning of s. 56. The appellants suggested a method of analysis based on carrying out an overall assessment of the agency in question and emphasizing its principal function. Such an approach, which is highly debatable in my view, distorts the argument. It may weaken the guarantees of impartiality and independence that must be available to citizens every time they participate in a judicial or quasi-judicial process, even if the agency in question usually exercises administrative functions.

Les appelants ont avancé une série de prétentions préliminaires qui s'opposent toutes à l'application de l'art. 23 en l'espèce. Essentiellement, les appelants arguent que la Régie serait soustraite aux exigences d'impartialité et d'indépendance car elle constituerait, d'abord et avant tout, un organisme administratif réglementant et contrôlant, dans l'intérêt public, un secteur bien défini de l'activité économique. Il n'y aurait donc pas lieu de conclure qu'elle exerce principalement une fonction quasi judiciaire au sens de l'art. 56. Les appelants suggèrent une méthode d'analyse qui repose sur l'appréciation globale de l'organisme en cause, et sur la mise en évidence de sa fonction principale. Une telle perspective, fort contestable à mon avis, fausse le débat. Elle risque de dénaturer les garanties d'impartialité et d'indépendance, dont le citoyen doit pouvoir jouir à chaque fois qu'il participe à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, même si l'organisme en cause remplit le plus souvent des fonctions administratives.

19 A characterization of the agency as a whole thus cannot be conclusive at this point in the analysis. For the purposes of s. 56, it is sufficient to determine whether the functions in question are quasi-judicial. If so, s. 23 will be applicable and the agency must meet the requirements of impartiality and independence when exercising those quasi-judicial functions. From this point of view and in such circumstances, the agency will be a "tribunal" within the meaning of s. 56. This approach, which is dictated by logic, is consistent with the nature of the protected right. Although the s. 23 guarantees concern first and foremost the judicial or quasi-judicial process, they cannot be excluded on the pretext that this process is merely incidental to the

La caractérisation de l'organisme dans son ensemble, à ce stade de l'analyse, ne saurait donc jouer un rôle déterminant. Pour les fins de l'art. 56, il suffit en effet de déterminer si les fonctions en cause sont de nature quasi judiciaire. Dans l'affirmative, l'art. 23 trouvera application et l'organisme devra respecter les exigences d'impartialité et d'indépendance lors de l'exercice de ces fonctions quasi judiciaires. Sous cet angle et dans ces circonstances, l'organisme constituera un «tribunal» au sens de l'art. 56. Cette approche, que la logique impose, se trouve en accord avec la nature du droit protégé. Les garanties contenues à l'art. 23 visent d'abord le processus de nature judiciaire ou quasi judiciaire, mais elles ne sauraient être écar-

primary function of the agency in question. Moreover, s. 56 applies to every agency that exercises quasi-judicial functions, even incidentally, characterizing it as a “tribunal”. Thus, within the meaning of s. 56, a tribunal is an agency exercising quasi-judicial functions, and not one that exercises only quasi-judicial functions. As a consequence, however, s. 23 is applicable only while the agency is exercising its quasi-judicial functions.

In *Syndicat canadien de la fonction publique v. Conseil des services essentiels*, [1989] R.J.Q. 2648, the Court of Appeal expressed the matter slightly differently with respect to ss. 23 and 56. Chevalier J. (*ad hoc*) stated the following at p. 2659:

[TRANSLATION] In my view, the words used by the legislature in drafting section 56 show that it intended to make a clear distinction between an agency created *essentially* to exercise quasi-judicial functions and one that is *occasionally* required to act quasi-judicially in exercising its principal administrative function. It does not, I repeat, become a quasi-judicial agency within the meaning of section 56 just because it has such ancillary powers.

. . .

Since section 23 is, as a result of the definition in section 56, applicable only to an agency *exercising* quasi-judicial functions and since, as we have seen, the Conseil was not created primarily to exercise such functions, it must be concluded that the requirements of the Quebec Charter contained in section 23 are not applicable to the Conseil *in so far as its existence as an institution is in issue*.

. . .

. . . in my view, the wording “agency *exercising* quasi-judicial functions” in the definition in section 56 was chosen to indicate that the Conseil must, when dealing with a matter that will result in an order of a quasi-judicial nature, satisfy the requirements of section 23. [Emphasis in original.]

tées sous prétexte que ce processus n’est qu’accessoire à la mission première de l’organisme en cause. D’ailleurs, l’art. 56 vise tout organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires, même de façon ancillaire, et le qualifie de «tribunal». Au sens de cette disposition, le tribunal est ainsi l’organisme qui exerce des fonctions quasi judiciaires, et non celui qui n’exerce que des fonctions quasi judiciaires. Par voie de conséquence, l’art. 23 ne trouve toutefois application que lors de l’exercice par l’organisme de ses fonctions quasi judiciaires.

La Cour d’appel, dans l’affaire *Syndicat canadien de la fonction publique c. Conseil des services essentiels*, [1989] R.J.Q. 2648, s’est exprimée de façon légèrement différente au sujet des art. 23 et 56. Le juge Chevalier (*ad hoc*) énonçait ainsi, à la p. 2659:

Les termes dont le législateur s’est servi dans la rédaction de cet article 56 indiquent, à mon avis, qu’il a voulu faire une nette distinction entre un organisme *essentiellement* constitué dans le but de remplir des fonctions quasi judiciaires et celui qui, à l’occasion de l’exercice de sa fonction administrative principale, est appelé à agir quasi judiciairement. Ce n’est pas, je le répète, parce qu’il est doté de tels pouvoirs ancillaires qu’il devient pour autant un organisme quasi judiciaire au sens de l’article 56.

. . .

Puisque cet article 23 ne s’applique, par le biais de la définition de l’article 56, qu’à un organisme *exerçant* des fonctions quasi judiciaires et que, nous l’avons vu, le Conseil n’est pas constitué principalement pour exercer de telles fonctions, il y a lieu de conclure que les exigences de la charte québécoise contenues dans cette disposition ne s’appliquent pas à ce Conseil, *pour autant que son existence comme institution soit impliquée au débat*.

. . .

. . . l’utilisation de l’expression «organisme *exerçant* des fonctions quasi judiciaires» que contient la définition de l’article 56 a, à mon avis, été choisie pour indiquer que, lorsqu’il est saisi d’une affaire dont l’issue donne lieu à une ordonnance de nature quasi judiciaire, le Conseil doit obéir aux impératifs de l’article 23. [En italique dans l’original.]

21

Similarly, in the case at bar, the judges of the majority held s. 23 to be applicable, although they did so after observing that the Régie was not a “tribunal” within the meaning of s. 56. While the result of their reasoning is correct, the process itself is somewhat unsound. As I explained, whether or not s. 23 is applicable depends on the characterization of the functions in question. If they are quasi-judicial, the agency is a “tribunal” and must in exercising them comply with the requirements of impartiality and independence. The distinctions made by the Court of Appeal instead pertain rather to the effect of a declaration of unconstitutionality. At that later point in the analysis it will be possible to determine whether defects deriving from the agency’s constituent legislation affect its very existence or merely undermine one aspect of its operations.

22

That being the case, it is now necessary to identify the tests for distinguishing functions that are quasi-judicial from those that are not. The debate surrounding this distinction was for a long time of great importance in administrative law and resulted in numerous judicial decisions. Thus, the superior courts, owing *inter alia* to enactments requiring them to do so, relied on the distinction in order to determine what acts were subject to judicial review. The scope of the rules of natural justice then depended to a large extent on the characterization of the process by which the agency in question made its decision. However, this Court gradually abandoned that rigid classification by establishing that the content of the rules a tribunal must follow depends on all the circumstances in which it operates, and not on a characterization of its functions (see, *inter alia*, *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602). As Sopinka J. noted in *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96:

De la même manière, en l’espèce, les juges majoritaires ont conclu à l’applicabilité de l’art. 23, après avoir observé cependant que la Régie ne constituait pas un «tribunal» au sens de l’art. 56. Bien que le résultat auquel conduit ce raisonnement soit approprié, la démarche reste un peu boiteuse. Comme je l’ai expliqué, l’application de l’art. 23 découle de la qualification préalable des fonctions en cause. Dans la mesure où celles-ci sont de nature quasi judiciaire, l’organisme constitué sous cet angle un «tribunal», et doit à l’occasion de leur exercice se conformer aux exigences d’impartialité et d’indépendance. Les distinctions que tire la Cour d’appel relèvent plutôt de l’effet d’un éventuel constat d’inconstitutionnalité. À cette étape ultérieure de l’analyse, il sera possible de déterminer si les vices découlant de la loi constitutive de l’organisme affectent son existence même ou ne font que porter atteinte à l’un des aspects de ses opérations.

Ceci étant, il faut maintenant identifier les critères permettant de distinguer les fonctions quasi judiciaires de celles qui ne le sont pas. Le débat entourant cette distinction eut longtemps une grande importance en droit administratif, et donna lieu à de nombreuses décisions de justice. Les tribunaux supérieurs, en raison notamment de textes de loi le leur imposant, y avaient ainsi recours afin d’identifier les actes pouvant être soumis au contrôle judiciaire. La portée des règles de justice naturelle dépendait alors largement d’une qualification du processus menant à la décision de l’organisme en cause. La jurisprudence de notre Cour a cependant peu à peu délaissé cette classification rigide, en établissant que le contenu des règles à suivre par un tribunal dépend de toutes les circonstances dans lesquelles il opère, et non d’une caractérisation des fonctions qu’il exerce (voir notamment *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602). Comme le remarquait le juge Sopinka dans l’affaire *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, aux pp. 895 et 896:

Both the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals. Accordingly, the content of the rules to be followed by a tribunal is now not determined by attempting to classify them as judicial, quasi-judicial, administrative or executive. Instead, the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates.

The distinction, which was often a source of confusion, is thus now less relevant. It is no longer applied unless a statute so requires. That was the case for a long time with the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and is still the case with s. 56 of the *Charter*. The judgments of this Court based on the *Federal Court Act* thus continue to be important, as do the more general considerations relating to the quasi-judicial process put forward in other contexts.

In this regard, *Minister of National Revenue v. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, which LeBel J.A. applied in the case at bar, provides a useful classification of the distinctive characteristics of a quasi-judicial act. Dickson J., speaking for the Court, summarized the factors to be considered as follows at pp. 504-5:

It is possible, I think, to formulate several criteria for determining whether a decision or order is one required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. The list is not intended to be exhaustive.

- (1) Is there anything in the language in which the function is conferred or in the general context in which it is exercised which suggests that a hearing is contemplated before a decision is reached?
- (2) Does the decision or order directly or indirectly affect the rights and obligations of persons?
- (3) Is the adversary process involved?
- (4) Is there an obligation to apply substantive rules to many individual cases rather than, for example, the

Aussi bien les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher. La distinction entre elles s'estompe donc lorsqu'on approche du bas de l'échelle dans le cas de tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de l'échelle dans le cas de tribunaux administratifs ou exécutifs. C'est pourquoi on ne détermine plus maintenant le contenu des règles à suivre par un tribunal en essayant de le ranger dans la catégorie de tribunal judiciaire, quasi judiciaire, administratif ou exécutif. Au contraire, on décide du contenu de ces règles en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles fonctionne le tribunal en question.

La distinction, qui fut souvent source de confusion, revêt donc maintenant une pertinence moindre. Elle ne trouve plus application que lorsque la loi l'impose. C'est ce que fit longtemps la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et c'est ce que requiert encore aujourd'hui l'art. 56 de la *Charte*. La jurisprudence de notre Cour découlant de la *Loi sur la Cour fédérale* conserve ainsi son importance, tout comme les considérations plus générales relatives au processus quasi judiciaire avancées en d'autres contextes.

À ce sujet, l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, qui a d'ailleurs guidé le juge LeBel en l'espèce, fournit une catégorisation utile des traits distinctifs de l'acte quasi judiciaire. Le juge Dickson, au nom de la Cour, y résuma les facteurs à considérer, aux pp. 504 et 505:

J'estime qu'il est possible de formuler plusieurs critères pour déterminer si une décision ou ordonnance est légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive.

- (1) Les termes utilisés pour conférer la fonction ou le contexte général dans lequel cette fonction est exercée donnent-ils à entendre que l'on envisage la tenue d'une audience avant qu'une décision soit prise?
- (2) La décision ou l'ordonnance porte-t-elle directement ou indirectement atteinte aux droits et obligations de quelqu'un?
- (3) S'agit-il d'une procédure contradictoire?
- (4) S'agit-il d'une obligation d'appliquer les règles de fond à plusieurs cas individuels plutôt que, par

23

24

obligation to implement social and economic policy in a broad sense?

These are all factors to be weighed and evaluated, no one of which is necessarily determinative. Thus, as to (1), the absence of express language mandating a hearing does not necessarily preclude a duty to afford a hearing at common law. As to (2), the nature and severity of the manner, if any, in which individual rights are affected, and whether or not the decision or order is final, will be important, but the fact that rights are affected does not necessarily carry with it an obligation to act judicially. . . .

In more general terms, one must have regard to the subject matter of the power, the nature of the issue to be decided, and the importance of the determination upon those directly or indirectly affected thereby: see *Durayappah v. Fernando*. The more important the issue and the more serious the sanctions, the stronger the claim that the power be subject in its exercise to judicial or quasi-judicial process.

The existence of something in the nature of a *lis inter partes* and the presence of procedures, functions and happenings approximating those of a court add weight to (3). But, again, the absence of procedural rules analogous to those of courts will not be fatal to the presence of a duty to act judicially.

25

As can be seen from these comments by Dickson J., a restrictive enumeration of the characteristics of a quasi-judicial decision is risky. As a general rule, no factor considered in isolation can lead to a conclusion that a quasi-judicial process is involved. Such a finding will instead be justified by the conjunction of a series of relevant factors in light of all the circumstances. However, s. 23 of the *Charter* clarifies the procedure to be followed somewhat. It states that every person has a right, "for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him", to a public and fair hearing by an independent and impartial tribunal. This is an indication that the applicability of s. 23 depends, *inter alia*, on the possible impact of the decision on the citizen's rights and obligations. This does not mean, however, that s. 23 must be complied with whenever a decision could affect a citizen's rights. For it to be applicable, the procedure followed by the agency in question and the standard under which

exemple, de l'obligation d'appliquer une politique sociale et économique au sens large?

Tous ces facteurs doivent être soupesés et évalués et aucun d'entre eux n'est nécessairement déterminant. Ainsi, au par. (1), l'absence de termes exprès prescrivant la tenue d'une audience n'exclut pas nécessairement l'obligation en *common law* d'en tenir une. Quant au par. (2), la nature et la gravité, le cas échéant, de l'atteinte aux droits individuels, et la question de savoir si la décision ou ordonnance est finale sont importantes, mais le fait que des droits soient touchés n'entraîne pas nécessairement l'obligation d'agir judiciairement . . .

En termes plus généraux, il faut tenir compte de l'objet du pouvoir, de la nature de la question à trancher et de l'importance de la décision sur ceux qui sont directement ou indirectement touchés par elle: voir l'arrêt *Durayappah v. Fernando*. Plus la question est importante et les sanctions sérieuses, plus on est justifié de demander que l'exercice du pouvoir soit soumis au processus judiciaire ou quasi judiciaire.

L'existence d'un élément assimilable à un *lis inter partes* et la présence de procédures, fonctions et actes équivalents à ceux d'un tribunal ajoutent du poids au par. (3). Mais encore une fois, l'absence de règles de procédure analogues à celles des tribunaux ne sera pas fatale à l'existence d'une obligation d'agir judiciairement.

Comme en font foi ces commentaires du juge Dickson, l'énumération limitative de caractéristiques propres à la décision quasi judiciaire reste périlleuse. En règle générale, aucun élément, pris isolément, ne permet de conclure à la présence d'un processus quasi judiciaire. La combinaison d'une série de facteurs pertinents, eu égard à l'ensemble des circonstances, justifiera plutôt une telle conclusion. L'article 23 de la *Charte*, cependant, précise un peu la démarche à suivre. Cette disposition énonce ainsi que toute personne a droit, «qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle», à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé. Il y a donc là indication que l'applicabilité de l'art. 23 dépend notamment de l'incidence éventuelle de la décision sur les droits et obligations du justiciable. Cela ne signifie toutefois pas que l'art. 23 doit être respecté à chaque fois qu'une décision risque de porter atteinte aux droits d'un

the decision was made must also have some of the characteristics proposed by Dickson J. in *Coopers & Lybrand, supra*.

Since writing these reasons, I have read those of Justice L'Heureux-Dubé. Being of the view that s. 23 of the *Charter* does not apply here, she would dispose of the appeal as I do, but solely on the basis of the rules of administrative law. With the greatest respect, I cannot agree with her on this point. She opens a debate in which the parties did not engage and introduces a concept, "matters of penal significance", that does not appear in the *Charter* and has no basis therein capable of justifying a restriction on the meaning of "quasi-judicial functions" in s. 56 or of rights and obligations in s. 23. In my view, ss. 23 and 56 of the *Charter* clearly express the legislature's intention that the requirements of s. 23 apply to both courts and quasi-judicial tribunals (as they are expressly worded), and to both penal and civil matters, as can be seen from the specific reference in s. 23 to both the determination of a person's "rights and obligations", which is a civil concept even though it can be used outside the civil sphere, and the "merits of any charge brought against him", which is a concept from the penal sphere. This does not mean, of course, that the manner in which s. 23 is applied cannot vary depending on the context. The legislature's intention to have the judicial rights guaranteed by the *Charter* apply to civil matters is also illustrated more specifically by the section's legislative evolution. As my colleague points out, s. 23 originally read as follows in 1975 (S.Q. 1975, c. 6):

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

The tribunal may decide to sit *in camera*, however, in the interests of morality or public order.

citoyen. Pour que cette disposition entre en jeu, la procédure suivie par l'organisme en cause et la norme gouvernant la décision doivent également posséder certaines des caractéristiques mises de l'avant par le juge Dickson dans l'affaire *Coopers & Lybrand*, précitée.

Suite à la rédaction des présents motifs, j'ai pris connaissance de ceux du juge L'Heureux-Dubé. Écartant l'application à l'espèce de l'art. 23 de la *Charte*, elle disposerait de l'appel comme je le fais mais uniquement sur la base des règles de droit administratif. En toute déférence, je ne puis en l'instance la suivre sur ce terrain. Elle ouvre un débat dans lequel les parties ne se sont pas engagées et introduit un concept, soit celui de «matières d'importance pénale» que l'on ne voit pas dans la *Charte* et qui n'y trouve pas d'assises justifiant de restreindre le sens de «fonctions quasi judiciaires» à l'art. 56 ou de droits et obligations à l'art. 23. À mon sens, les art. 23 et 56 de la *Charte* sont l'expression claire de l'intention du législateur d'en imposer les exigences aux tribunaux tant judiciaires que quasi judiciaires (tel est leur libellé explicite), et tant en matières pénales que civiles, comme en font foi la précision de l'art. 23 qui identifie d'une part la détermination des «droits et obligations» d'une personne, qualification propre aux matières civiles même si elle peut s'étendre au-delà et, d'autre part, le «bien-fondé de toute accusation portée contre elle», une qualification propre au domaine pénal. Ceci ne signifie évidemment pas que les modalités de ses exigences ne puissent varier selon le contexte. Cette intention du législateur de comprendre dans la portée de droits judiciaires garantis par la *Charte* le domaine civil est de plus illustrée de façon particulière dans son évolution législative. Comme l'indique ma collègue, à l'origine, en 1975 (L.Q. 1975, ch. 6), l'art. 23 se lisait comme suit:

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

It may also sit *in camera* in the interests of children, particularly in matters of divorce, separation from bed and board, marriage annulment or declaration or disavowal of paternity.

27 The Act to amend the Code of Civil Procedure and the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1993, c. 30, repealed this third paragraph and transferred its substance together with a special provision for journalists to art. 13 of the Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, which reads as follows:

However, in family matters, sittings in first instance are held *in camera*, unless the court, upon application, orders that, in the interests of justice, a sitting be public. Any journalist who proves his capacity is admitted to sittings held *in camera*, without further formality, unless the court considers his presence detrimental to a person whose interests may be affected by the proceedings. This paragraph applies notwithstanding section 23 of the Charter of human rights and freedoms (R.S.Q., chapter C-12). [Emphasis added.]

28 It is clear from these provisions that the legislature intended s. 23 to apply to civil matters. Family matters cannot be severed from the civil sphere. Furthermore, the suggested inconsistency between s. 23 and the functions of the Commission des droits de la personne is not evident, as s. 23 is applicable only in the context of the determination of rights and obligations. In short, with the greatest respect, I see nothing in the context to indicate that the legislature had any intention other than that which it expressed in the section itself. Moreover, as my colleague acknowledges, this scope of s. 23 has not as yet been questioned.

29 It is thus in light of these principles that the Court must now examine more closely the Régie des permis d'alcool and the process leading to the cancellation of a permit on account of disturbance of public tranquility.

(2) Application to This Appeal

30 The majority of the Court of Appeal declared the reference to s. 75 in s. 86(8) of the Act invalid. LeBel J.A. would have declared all of ss. 85 and

Il peut également l'ordonner dans l'intérêt des enfants, notamment en matière de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de déclaration ou désaveu de paternité.

La Loi modifiant le Code de procédure civile et la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1993, ch. 30, a abrogé ce troisième alinéa pour en reporter la substance assortie d'une disposition particulière au bénéfice des journalistes à l'art. 13 du Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, dans le texte suivant:

Cependant, en matière familiale, les audiences de première instance se tiennent à huis clos, à moins que, sur demande, le tribunal n'ordonne dans l'intérêt de la justice, une audience publique. Tout journaliste qui prouve sa qualité est admis, sans autre formalité, aux audiences à huis clos, à moins que le tribunal ne juge que sa présence cause un préjudice à une personne dont les intérêts peuvent être touchés par l'instance. Le présent alinéa s'applique malgré l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., chapitre C-12). [Je souligne.]

Ces textes dénotent spécifiquement l'intention du législateur de comprendre le domaine civil dans la portée de l'art. 23. On ne peut en effet dissocier les matières familiales du domaine civil. Quant à l'incohérence invoquée entre l'art. 23 et les fonctions de la Commission des droits de la personne, elle n'est pas évidente car cet article ne s'applique qu'en cas de détermination des droits et obligations. En somme, et en toute déférence, je ne vois rien dans le contexte qui dénote une intention du législateur autre que celle qu'il a exprimée dans le texte même de l'article. Comme le reconnaît ma collègue d'ailleurs, cette portée de l'art. 23 n'a jusqu'à ce jour pas été mise en doute.

C'est donc à la lumière de ces principes qu'il faut maintenant étudier de plus près la Régie des permis d'alcool, et le processus pouvant mener à la révocation d'un permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique.

(2) Application au présent pourvoi

La majorité de la Cour d'appel a déclaré invalide la référence à l'art. 75 contenue au par. 86(8) de la Loi. Le juge LeBel aurait invalidé l'ensemble

86 invalid, but his colleague Brossard J.A. showed greater restraint, taking a position which became that of the Court of Appeal. In this Court, the respondent is asking only that the appeal be dismissed, which requires a review of the Régie's structure and operations from the point of view only of its power to cancel permits on account of disturbance of public tranquility. In order to characterize the process leading to the imposition of such a penalty, however, it is necessary to review briefly the granting and cancellation of liquor permits in general.

The various types of permits that the Régie can issue and the conditions attached thereto are clearly established by the Act (ss. 25 *et seq.*). A person who wishes to obtain a permit must submit an application to the Régie and must show, *inter alia*, that he or she fulfils the conditions provided in the Act (s. 40). For example, an applicant who is an individual must be of full age and must reside legally in Quebec (s. 36). In addition, the applicant must be the owner or lessee of the establishment, must have arranged the establishment in accordance with the prescribed standards, and must pay the duties prescribed by regulation (s. 39). Upon receiving an application, the Régie must publish a notice in a newspaper and notify the municipality in whose territory the permit will be used (s. 96). Any person may object to the application within 15 days of the publication of the notice or, if an objection has been made, intervene in favour of the application within 30 days of the publication of the notice (s. 99). The Régie then makes its decision. If there is no objection and the Régie decides to grant the application, it may decide upon mere examination of the record (s. 102). Otherwise, it must give any interested persons the opportunity to be heard before deciding (s. 101). The permit application will of course be denied if the conditions for obtaining a permit are not met. It must also be denied in certain circumstances set out in ss. 41 to 42.2. One example of this is where the Régie considers that the issue of the permit would be contrary to the public interest or could disturb public tranquility (s. 41(1)).

des art. 85 et 86, mais son collègue le juge Brossard a fait preuve de plus de retenue, adoptant une position qui devint celle de la Cour d'appel. Devant notre Cour, l'intimée ne demande que le rejet de l'appel, ce qui n'impose l'étude de la structure et du fonctionnement de la Régie que sous l'angle de son pouvoir de révoquer des permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique. Il importe cependant, afin de caractériser le processus pouvant conduire à l'imposition d'une telle sanction, de revenir brièvement sur l'octroi et la révocation des permis d'alcool, en général.

Les divers types de permis que la Régie peut délivrer, et les conditions qui s'y rattachent, sont clairement établis par la Loi (art. 25 et suiv.). La personne désirant obtenir un permis doit présenter une demande à la Régie, en démontrant notamment qu'elle satisfait aux conditions prévues par la Loi (art. 40). Le requérant doit par exemple, s'il s'agit d'un individu, être majeur et résider légalement au Québec (art. 36). Le requérant doit également être propriétaire ou locataire de l'établissement, avoir aménagé l'établissement selon les normes prévues, et payer le droit déterminé au règlement (art. 39). Une fois saisie de la demande, la Régie fait paraître dans un journal un avis et avise la municipalité sur le territoire de laquelle le permis sera exploité (art. 96). Toute personne peut s'opposer à la demande dans les 15 jours de la publication de l'avis, ou intervenir en faveur de la demande dans les 30 jours de cette publication s'il y a opposition (art. 99). La Régie rend ensuite sa décision. S'il n'y a pas d'opposition et que la Régie décide d'accueillir la demande, elle peut statuer après simple examen du dossier (art. 102). Autrement, elle doit avant de se prononcer laisser aux personnes intéressées l'occasion de se faire entendre (art. 101). La demande de permis sera évidemment rejetée si les conditions d'obtention ne sont pas remplies. Elle doit également être rejetée dans certaines circonstances prévues aux art. 41 à 42.2. Il en est ainsi, notamment, lorsque la Régie juge que la délivrance du permis serait contraire à l'intérêt public ou serait susceptible de nuire à la tranquillité publique (par. 41(1)).

32 Once a permit is issued, it remains valid as long as it is not cancelled (s. 51). The permit holder must periodically pay duties; if not, the permit can be cancelled automatically (ss. 53 to 55). The permit holder also has certain obligations to perform in relation, *inter alia*, to business hours (ss. 56 to 65) and to the posting of the permit and the prices of the beverages sold (ss. 66 to 68). The permit holder is also required to use the permit in a manner that will not disturb public tranquility (s. 75).

33 A valid permit may be cancelled or suspended by the Régie of its own initiative or on the application of the permit holder, the Minister of Public Security, the municipal corporation in whose territory the permit is used or any other interested person (s. 85). There are a number of grounds for cancellation, which are listed in s. 86. The only one that is directly in issue here is the ground set out in s. 86(8), which relates to the obligation to use the permit in a manner that does not disturb public tranquility (s. 75). A decision to cancel or suspend a permit may be rendered only after a hearing (s. 101). At that hearing, the procedure of which may be regulated in detail by the Régie (s. 104), any relevant evidence is admissible (s. 103). Witnesses may be summoned in the manner set out in arts. 280 to 283 of the *Code of Civil Procedure* (s. 22 of the *Regulation respecting the procedure applicable before the Régie des permis d'alcool du Québec*, R.R.Q. 1981, c. P-9.1, r. 7). Certain witnesses may on occasion substitute written depositions for their testimony (s. 104.1). Furthermore, any person with an interest in a matter before the Régie may appear and plead in person or through a lawyer (s. 36 of the *Regulation, supra*). Following the hearing, the Régie makes a decision, which must be substantiated, is final and cannot be appealed (s. 107). Where it concerns allegations of disturbing public tranquility, the decision must be based on the criteria listed in s. 24.1:

24.1 The Régie, in the performance of its functions and the exercise of its powers in cases involving public tranquility, may, among other factors, take into account:

Si le permis est délivré, il reste en vigueur tant qu'il n'est pas révoqué (art. 51). Le détenteur doit périodiquement acquitter des droits, à défaut de quoi le permis pourra être révoqué automatiquement (art. 53 à 55). Le détenteur doit aussi respecter certains devoirs, reliés notamment aux heures d'ouverture (art. 56 à 65) et à l'affichage du permis et du prix des boissons vendues (art. 66 à 68). Il est également tenu d'exploiter son permis de manière à ne pas nuire à la tranquillité publique (art. 75).

Un permis en vigueur peut être révoqué ou suspendu par la Régie de sa propre initiative, ou à la suite d'une demande présentée par le détenteur du permis, le ministre de la Sécurité publique, la corporation municipale sur le territoire de laquelle est exploité le permis ou par tout autre intéressé (art. 85). Les motifs de révocation sont nombreux et sont énumérés à l'art. 86. Le seul qui soit en cause directement, en l'espèce, est celui qui figure au par. 86(8) et qui renvoie à l'obligation d'exploiter le permis de façon à ne pas nuire à la tranquillité publique (art. 75). La décision de révoquer ou de suspendre un permis ne peut être rendue qu'après la tenue d'une audition (art. 101). Lors de cette audition, dont la procédure peut être réglée en détail par la Régie (art. 104), toute preuve pertinente est recevable (art. 103). Des témoins peuvent être assignés, en la manière prévue aux art. 280 à 283 du *Code de procédure civile* (art. 22 du *Règlement sur la procédure applicable devant la Régie des permis d'alcool du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. P-9.1, r. 7). Certains témoins peuvent parfois substituer à leur témoignage une déposition écrite (art. 104.1). De plus, toute personne ayant un intérêt dans l'affaire en instance devant la Régie peut comparaître et plaider elle-même ou par l'intermédiaire d'un avocat (art. 36 du règlement précité). À l'issue de l'audition, la Régie rend une décision, motivée, définitive et sans appel (art. 107). La décision, lorsque l'atteinte à la tranquillité publique est invoquée, doit reposer sur les critères énumérés à l'art. 24.1:

24.1 Pour l'exercice de ses fonctions et pouvoirs mettant en cause la tranquillité publique, la Régie peut tenir compte notamment des éléments suivants:

(1) any noise, gathering or assembly which results or may result from the operation of the establishment that may disturb the peace in the neighbourhood;

(2) the measures taken by the applicant or permit holder for, and their efficiency in, preventing, in the establishment,

(a) the possession, consumption, sale, exchange or gift, in any manner, of a drug, narcotic or any other substance that may be held to be a drug or narcotic;

(b) the possession of a firearm or any other offensive weapon;

(c) gestures or actions of a sexual nature that may disturb the peace and related solicitation;

(d) acts of violence, including theft or mischief, that may disturb the peace of the customers or the citizens of the neighbourhood;

(e) games of chance or any wager or betting that may disturb the peace;

(f) any contravention of this Act or the regulations thereunder or of the Act respecting offences relating to alcoholic beverages (chapter I-8.1);

(g) any contravention of any Act or a regulation concerning safety, hygiene or sanitation in a public place or public building;

(3) the place where the establishment is situated and, in particular, whether the sector concerned is a residential, commercial, industrial or tourist sector.

With these characteristics in mind, it is my view that a decision to cancel a permit on account of disturbance of public tranquility is the result of a quasi-judicial process. First of all, the permit holder's rights are clearly affected by the cancellation. Cancelling the permit could have a serious impact on the permit holder, who will obviously lose the right to operate his or her business as a consequence and will not be able to submit a new permit application until one year has elapsed (s. 93 of the Act). While the granting of a permit may in certain respects be regarded as a privilege, the cancellation of a liquor permit will nevertheless have a significant impact on the permit holder's livelihood. A permit holder can expect the permit to remain

1° tout bruit, attroupement ou rassemblement résultant ou pouvant résulter de l'exploitation de l'établissement, de nature à troubler la paix du voisinage;

2° les mesures prises par le requérant ou le détenteur du permis et l'efficacité de celles-ci afin d'empêcher dans l'établissement:

a) la possession, la consommation, la vente, l'échange ou le don, de quelque manière, d'une drogue, d'un stupéfiant ou de toute autre substance qui peut être assimilée à une drogue ou à un stupéfiant;

b) la possession d'une arme à feu ou de toute autre arme offensive;

c) les gestes ou actes à caractère sexuel de nature à troubler la paix et la sollicitation y relative;

d) les actes de violence, y compris le vol ou le méfait, de nature à troubler la paix des clients ou des citoyens du voisinage;

e) les jeux de hasard, gageures ou paris de nature à troubler la paix;

f) toute contravention à la présente loi ou à ses règlements ou à la Loi sur les infractions en matière de boissons alcooliques (chapitre I-8.1);

g) toute contravention à une loi ou à un règlement relatif à la sécurité, l'hygiène ou la salubrité dans un lieu ou un édifice public;

3° le lieu où est situé l'établissement notamment s'il s'agit d'un secteur résidentiel, commercial, industriel ou touristique.

Au vu de ces caractéristiques, je suis d'avis que la décision de révoquer un permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique constitue l'aboutissement d'un processus quasi judiciaire. D'abord, il est clair que les droits du détenteur de permis sont mis en cause par la révocation. L'impact du retrait du permis risque d'être important pour son détenteur, qui perdra évidemment de ce fait le droit d'exploiter son entreprise, et qui ne pourra présenter une nouvelle demande de permis avant qu'une année ne soit écoulée (art. 93 de la Loi). Si l'octroi d'un permis peut, sous certains aspects, être considéré comme un privilège, il n'en reste pas moins que la révocation d'un permis d'alcool affectera substantiellement le gagne-pain de son détenteur.

valid (s. 51) unless one of the grounds for cancellation is proven.

35 It is also significant that the Régie may make its decision only after a hearing in the course of which witnesses may be heard, exhibits filed and submissions made. The characteristics of the hearing make the process similar to that in a court. Although there is strictly speaking no *lis inter partes* before the Régie, individuals with conflicting interests may nevertheless present contradictory versions of the facts at the hearing.

36 Finally, a decision to cancel a permit on the ground of disturbance of public tranquility results from the application of a pre-established standard to specific facts adduced in evidence and is a final judgment protected by a privative clause. It is true that in making such a decision the Régie may to some extent establish a general policy that it has itself developed. It does so, however, by means of a standard imposed by and set out in the Act. The application of such a policy to specific circumstances, with the assessment of the facts it presupposes, is a quasi-judicial act.

37 Such a characterization can also be found in Quebec decisions (*Jacob et Bar Le Morency Inc. v. Régie des permis d'alcool du Québec* (1988), 16 Q.A.C. 308, at p. 311; *Taverne Le Relais Inc. v. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1989] R.J.Q. 2490 (Sup. Ct.), at p. 2494). As P. Garant stated in *Droit administratif* (3rd ed. 1991), vol. 1, at p. 204, illustrating his comment with the Régie des permis d'alcool, *inter alia*:

[TRANSLATION] Generally speaking, the power to suspend and cancel any permit, licence or authorization is considered quasi-judicial, regardless of whether the power is exercised on the basis of objective standards or of standards that are partly objective and partly subjective. In many cases, these standards are stated quite clearly in the legislation.

38 For example, this Court held that the Labour Relations Board's decision to revoke a union's cer-

Celui-ci peut s'attendre à la validité continue de l'autorisation (art. 51), sauf si l'existence d'un des motifs de révocation est démontrée.

Il est significatif également que la décision de la Régie ne puisse être rendue qu'après la tenue d'une audition, au cours de laquelle des témoins pourront être entendus, des pièces déposées et des représentations faites. Les caractéristiques de l'audition apparentent le processus à celui qui a cours devant les tribunaux judiciaires. Bien qu'il n'existe pas, à proprement parler, de *lis inter partes* devant la Régie, des personnes aux intérêts opposés peuvent néanmoins présenter des versions contradictoires des faits à l'occasion de l'audition.

Enfin, la décision de révoquer le permis au motif d'atteinte à la tranquillité publique découlera de l'application d'une norme préétablie à des faits particuliers auparavant mis en preuve, et constituera un jugement final protégé par une clause privative. Il est vrai qu'en rendant une telle décision la Régie peut implanter, dans une certaine mesure, une politique générale dont elle assure l'élaboration. Elle le fait cependant par le biais d'une norme imposée et précisée par la Loi. L'application de cette politique à des circonstances particulières, avec l'appréciation des faits que cela suppose, constitue un acte quasi judiciaire.

Une telle qualification trouve écho en jurisprudence québécoise (*Jacob et Bar Le Morency Inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec* (1988), 16 Q.A.C. 308, à la p. 311; *Taverne Le Relais Inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1989] R.J.Q. 2490 (C.S.), à la p. 2494). Comme l'énonce P. Garant, *Droit administratif* (3^e éd. 1991), vol. 1, à la p. 204, en illustrant son propos à l'aide notamment de la Régie des permis d'alcool:

De façon générale, le pouvoir de suspension et de révocation d'un permis, d'une licence ou d'une autorisation quelconque est considéré comme quasi judiciaire, que le pouvoir soit exercé suivant des normes objectives ou partiellement objectives et partiellement subjectives. La loi précise ces normes de façon assez claire dans bien des cas.

Ainsi, notre Cour a par exemple conclu que la décision de la Commission des relations du travail

tification constituted the exercise of a quasi-judicial function (*Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140). There is no reason to deviate from this general rule when it comes to the power to cancel liquor permits on account of disturbance of public tranquility.

The applicability of s. 23 having been established, it is now necessary to consider the merits of the present case. Before doing so, however, I wish to note that, even in cases not involving s. 23, administrative agencies may be required to comply with the principles of natural justice under general law rules. It is clear that the purpose of those principles is to ensure in certain ways the impartiality and independence of the decision maker (see, for example, *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623). The exact content of the rules to be followed will depend on all the circumstances, and in particular on the language of the statute under which the agency acts, the nature of the task it performs and the type of decision it is required to make. Conversely, the fact that an agency is subject to s. 23 does not mean that its structure must have the same characteristics as that of the courts. The flexibility this Court has shown in such matters is just as appropriate where s. 23 is concerned.

B. *Impartiality, Independence and the Régie des permis d'alcool*

In its motion in evocation, the respondent corporation challenged the structure and operations of the Régie des permis d'alcool. Its challenge is based on certain of the Régie's institutional characteristics but does not concern the actual conduct of the decision makers in the present case. In its submissions, the respondent questioned both the Régie's institutional impartiality and its independence.

de retirer à un syndicat son accréditation constituait l'exercice d'une fonction quasi judiciaire (*Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140). Il n'existe aucune raison de s'écarter de cette règle générale quant au pouvoir de révocation des permis d'alcool pour cause d'atteinte à la tranquillité publique.

L'applicabilité de l'art. 23 étant établie, il importe maintenant de s'attarder au fond du présent litige. Je rappelle cependant, avant de ce faire, que même dans les cas où l'art. 23 n'entre pas en jeu, les organismes administratifs peuvent, en vertu du droit commun, être tenus de se conformer aux principes de justice naturelle. Il ne fait pas de doute que ces principes visent à assurer, de certaines façons, l'impartialité et l'indépendance du décideur (voir, par exemple, *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623). Le contenu précis des règles à suivre dépendra de l'ensemble des circonstances, et notamment des termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme agit, de la nature de la tâche qu'il accomplit et du type de décision qu'il est appelé à rendre. À l'inverse, ce n'est pas parce qu'un organisme est assujéti à l'art. 23 que sa structure doit présenter les mêmes caractéristiques que celle des cours de justice. La flexibilité dont notre Cour a fait preuve en la matière conserve, en vertu de l'art. 23, toute sa pertinence.

B. *L'impartialité, l'indépendance et la Régie des permis d'alcool*

La société intimée, par sa requête en évocation, s'attaque à la structure et au fonctionnement de la Régie des permis d'alcool. Ses reproches découlent de certaines des caractéristiques institutionnelles de la Régie, mais ne visent en rien le comportement particulier des décideurs en l'espèce. Par ses prétentions, l'intimée remet tout à la fois en cause l'impartialité institutionnelle et l'indépendance de la Régie.

41 These concepts of impartiality and independence, although very similar, can nevertheless be distinguished. As Le Dain J. stated in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685, in discussing the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word "impartial" . . . connotes absence of bias, actual or perceived. The word "independent" in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

42 Since *Lippé, supra*, there is no longer any doubt that impartiality, like independence, has an institutional aspect. Lamer C.J., speaking for the Court on this point, stated the following at p. 140:

Notwithstanding judicial independence, there may also exist a reasonable apprehension of bias on an institutional or structural level. Although the concept of institutional impartiality has never before been recognized by this Court, the constitutional guarantee of an "independent and impartial tribunal" has to be broad enough to encompass this. Just as the requirement of judicial independence has both an individual and institutional aspect (*Valente, supra*, at p. 687), so too must the requirement of judicial impartiality. I cannot interpret the *Canadian Charter* as guaranteeing one on an institutional level and the other only on a case-by-case basis.

The objective status of the tribunal can be as relevant for the "impartiality" requirement as it is for "independence". Therefore, whether or not any particular judge harboured pre-conceived ideas or biases, if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met. [Emphasis in original.]

Ces notions d'impartialité et d'indépendance, quoique très voisines, peuvent néanmoins être distinguées. Comme le remarquait le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 685, en examinant la *Charte canadienne des droits et libertés*:

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial» [...] connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme «indépendant», à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

Depuis l'arrêt *Lippé*, précité, il ne fait plus de doute que l'impartialité, tout comme l'indépendance, comportent un aspect institutionnel. Le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la Cour sur ce point, affirmait ainsi à la p. 140:

Nonobstant l'indépendance judiciaire, il peut aussi exister une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel ou structurel. Bien que le concept de l'impartialité institutionnelle n'ait jamais été reconnu par notre Cour, la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant et impartial» doit être suffisamment étendue pour le renfermer. Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel (*Valente*, précité, à la p. 687), il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire. Je ne saurais interpréter la *Charte* canadienne comme garantissant l'une sur le plan institutionnel, et l'autre simplement au cas par cas.

Le statut objectif du tribunal peut s'appliquer tout autant à l'exigence d'«impartialité» qu'à celle d'«indépendance». Par conséquent, qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité. [Souligné dans l'original.]

In the case at bar, the respondent's concerns are related first to the Régie's multiple functions and to the impact of that multiplicity of functions on the duties of its various employees. The respondent thus concentrated on the context in which the decision makers operate and noted certain institutional characteristics capable in its view of affecting their state of mind, and accordingly raising an apprehension of bias. These submissions therefore concerned impartiality. Second, the respondent questioned the security of tenure of the directors and their institutional independence. In so doing, it of course challenged the directors' appearance of independence, as it relied on institutional characteristics that, because they are connected with the decision makers' relationships with others, could affect their ability to decide in accordance with their consciences.

(1) Institutional Bias

As a result of *Lippé, supra*, and *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, *inter alia*, the test for institutional impartiality is well established. It is clear that the governing factors are those put forward by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394. The determination of institutional bias presupposes that a well-informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — would have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. In this regard, all factors must be considered, but the guarantees provided for in the legislation to counter the prejudicial effects of certain institutional characteristics must be given special attention.

This test is perfectly suited, under s. 23 of the *Charter*, to a review of the structure of administrative agencies exercising quasi-judicial functions. Whether appearing before an administrative tribunal or a court of law, a litigant has a right to expect that an impartial adjudicator will deal with his or her claims. As is the case with the courts, an informed observer analysing the structure of an administrative tribunal will reach one of two con-

En l'espèce, les inquiétudes de l'intimée se rattachent d'abord aux multiples fonctions accomplies par la Régie, et aux conséquences de cette polyvalence sur les tâches des divers employés de l'organisme. L'intimée se concentre ainsi sur le cadre dans lequel opèrent les décideurs, et relève des caractéristiques institutionnelles pouvant, à son avis, influencer sur leur état d'esprit, et partant soulever des craintes de partialité. Ces prétentions tiennent donc à l'impartialité. D'autre part, l'intimée remet en doute l'inamovibilité des régisseurs et leur indépendance institutionnelle. Elle met évidemment en cause, de la sorte, l'apparence d'indépendance des régisseurs, puisqu'elle se fonde sur des caractéristiques institutionnelles qui, en étant liées à la relation que les décideurs entretiennent avec autrui, pourraient influencer sur leur capacité à décider selon leur conscience.

(1) La partialité institutionnelle

À la suite notamment des arrêts *Lippé*, précité, et *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, le critère applicable en matière d'impartialité institutionnelle est bien établi. Il ne fait pas de doute, en effet, que ce sont les considérations avancées par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, qui gouvernent. La détermination de la partialité institutionnelle suppose qu'une personne bien renseignée, ayant étudié la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, éprouve une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. À ce sujet, tous les facteurs doivent être considérés, mais les garanties prévues dans la loi pour contrer les effets préjudiciables de certaines caractéristiques institutionnelles doivent recevoir une attention particulière.

Ce critère convient tout à fait, en vertu de l'art. 23 de la *Charte*, à l'examen de la structure d'organismes administratifs exerçant des fonctions quasi judiciaires. Qu'un justiciable se présente devant un tribunal administratif ou une cour de justice, il peut en effet légitimement s'attendre à ce qu'un arbitre impartial dispose de ses prétentions. Tout comme dans le cas des tribunaux judiciaires, l'observateur bien renseigné évaluant la structure d'un tribunal

43

44

45

clusions: he or she either will or will not have a reasonable apprehension of bias. That having been said, the informed person's assessment will always depend on the circumstances. The nature of the dispute to be decided, the other duties of the administrative agency and the operational context as a whole will of course affect the assessment. In a criminal trial, the smallest detail capable of casting doubt on the judge's impartiality will be cause for alarm, whereas greater flexibility must be shown toward administrative tribunals. As Lamer C.J. noted in *Lippé, supra*, at p. 142, constitutional and quasi-constitutional provisions do not always guarantee an ideal system. Rather, their purpose is to ensure that, considering all of their characteristics, the structures of judicial and quasi-judicial bodies do not raise a reasonable apprehension of bias. This is analogous to the application of the principles of natural justice, which reconcile the requirements of the decision-making process of specialized tribunals with the parties' rights. I made the following comment in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pp. 323-24:

I agree with the respondent union that the rules of natural justice must take into account the institutional constraints faced by an administrative tribunal. These tribunals are created to increase the efficiency of the administration of justice and are often called upon to handle heavy caseloads. It is unrealistic to expect an administrative tribunal such as the Board to abide strictly by the rules applicable to courts of law. In fact, it has long been recognized that the rules of natural justice do not have a fixed content irrespective of the nature of the tribunal and of the institutional constraints it faces.

I note, however, that this necessary flexibility, and the difficulty involved in isolating the essential elements of institutional impartiality, must not be used to justify ignoring serious deficiencies in a quasi-judicial process. The perception of impartiality remains essential to maintaining public confidence in the justice system.

administratif en viendra à l'issue de l'analyse à l'une de deux conclusions: il possédera une crainte raisonnable de partialité, ou alors il en sera dénué. Ceci dit, l'appréciation que porte une personne bien renseignée sera toujours fonction des circonstances. Il est entendu que la nature du litige à trancher, les tâches remplies par ailleurs par l'organisme administratif et l'ensemble du contexte opérationnel influenceront sur l'évaluation. Dans le cadre d'un procès pénal, le moindre détail pouvant mettre en doute l'impartialité du juge alarmera, alors qu'à l'endroit des tribunaux administratifs, il y a lieu de faire preuve d'une plus grande souplesse. Comme le rappelait le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Lippé*, précité, à la p. 142, les textes constitutionnels et quasi constitutionnels ne garantissent pas toujours l'existence d'un système idéal. Ils visent plutôt à assurer qu'au vu de l'ensemble de leurs caractéristiques, les structures des organismes judiciaires et quasi judiciaires ne soulèvent aucune crainte raisonnable de partialité. Il y a là analogie avec l'application des principes de justice naturelle, qui concilient les exigences du processus décisionnel des tribunaux spécialisés avec les droits des parties. Dans l'affaire *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, je remarquais ainsi aux pp. 323 et 324:

Je suis d'accord avec le syndicat intimé que les règles de justice naturelle doivent tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles les tribunaux administratifs sont soumis. Ces tribunaux sont constitués pour favoriser l'efficacité de l'administration de la justice et doivent souvent s'occuper d'un grand nombre d'affaires. Il est irréaliste de s'attendre à ce qu'un tribunal administratif comme la Commission observe strictement toutes les règles applicables aux tribunaux judiciaires. De fait, il est admis depuis longtemps que les règles de justice naturelle n'ont pas un contenu fixe sans égard à la nature du tribunal et aux contraintes institutionnelles auxquelles il est soumis.

Je rappelle toutefois que cette nécessaire flexibilité, et la difficulté d'isoler les éléments essentiels de l'impartialité institutionnelle, ne doivent pas permettre d'éluder les lacunes sérieuses d'un processus quasi judiciaire. La perception d'impartialité reste essentielle au maintien de la confiance du public dans le système de justice.

(i) *The Liquor Permit Cancellation Process*

The arguments against the Régie des permis d'alcool relate primarily to its role at various stages in the liquor permit cancellation process. The Act authorizes employees of the Régie to participate in the investigation, the filing of complaints, the presentation of the case to the directors and the decision.

I note at the outset that a plurality of functions in a single administrative agency is not necessarily problematic. This Court has already suggested that such a multifunctional structure does not in itself always raise an apprehension of bias. In *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, at pp. 309-10, L'Heureux-Dubé J., although she did not rule on the impact of the constitutional guarantees, stated the following:

As with most principles, there are exceptions. One exception to the "*nemo iudex*" principle is where the overlap of functions which occurs has been authorized by statute, assuming the constitutionality of the statute is not in issue.

. . .

In some cases, the legislator will determine that it is desirable, in achieving the ends of the statute, to allow for an overlap of functions which in normal judicial proceedings would be kept separate. In assessing the activities of administrative tribunals, the courts must be sensitive to the nature of the body created by the legislator. If a certain degree of overlapping of functions is authorized by statute, then, to the extent that it is authorized, it will not generally be subject to the doctrine of "reasonable apprehension of bias" *per se*.

Cory J. made a similar comment in *Newfoundland Telephone*, *supra*, at p. 635:

Some boards will have a function that is investigative, prosecutorial and adjudicative. It is only boards with these three powers that can be expected to regulate

(i) *Le processus de révocation des permis d'alcool*

Les reproches avancés à l'endroit de la Régie des permis d'alcool tiennent principalement au rôle que cet organisme peut jouer à différentes étapes du processus de révocation des permis d'alcool. La Loi permet en effet à des employés de la Régie d'intervenir lors de l'enquête, du dépôt des plaintes, de la présentation de l'affaire devant les régisseurs et de la décision.

J'observe d'abord, à ce sujet, que le cumul de plusieurs fonctions au sein d'un même organisme administratif ne pose pas nécessairement problème. Notre Cour a déjà laissé entendre qu'une telle structure plurifonctionnelle ne soulève pas toujours, en elle-même, une crainte de partialité. Dans l'arrêt *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, aux pp. 309 et 310, le juge L'Heureux-Dubé, sans toutefois se prononcer sur l'incidence des garanties constitutionnelles, s'exprimait ainsi:

Comme la plupart des principes, celui-ci a ses exceptions. Il y a exception au principe «*nemo iudex*» lorsque le chevauchement de fonctions est autorisé par la loi, dans l'hypothèse où la constitutionnalité de la loi n'est pas attaquée.

. . .

Dans certains cas, [le législateur] estimera souhaitable, pour atteindre les objectifs de la loi, de permettre un chevauchement de fonctions qui, dans des procédures judiciaires normales, seraient séparées. Dans l'appréciation des activités de tribunaux administratifs, les cours doivent tenir compte de la nature de l'organisme créé par le législateur. Si la loi autorise un certain degré de chevauchement de fonctions, ce chevauchement, dans la mesure où il est autorisé, n'est généralement pas assujéti *per se* à la doctrine de la «crainte raisonnable de partialité».

De même, le juge Cory remarquait, dans l'affaire *Newfoundland Telephone*, précitée, à la p. 635:

Certaines commissions cumulent les fonctions d'enquêteur, de poursuivant et de juge. Seules les commissions réunissant ces trois pouvoirs sont en mesure

46

47

adequately complex or monopolistic industries that supply essential services.

d'assurer une réglementation adéquate d'industries complexes ou monopolistes fournissant des services essentiels.

48 Although an overlapping of functions is not always a ground for concern, it must nevertheless not result in excessively close relations among employees involved in different stages of the process. The lack of separation of roles within the Régie des permis d'alcool was the principal basis for the Court of Appeal's decision in the present case, which means that a thorough review of its institutional structure will be necessary.

Si le chevauchement de fonctions ne constitue pas toujours un motif d'inquiétude, encore faut-il qu'il n'entraîne pas une promiscuité excessive entre les employés impliqués à diverses étapes du processus. Or, la confusion des rôles au sein de la Régie des permis d'alcool a constitué le fondement premier de la décision de la Cour d'appel en l'espèce, ce qui impose un examen approfondi de la structure institutionnelle.

49 The Régie is composed of at least six directors, including a chairman and a vice-chairman (s. 4). The directors are appointed by the government for a term of not over five years. Their remuneration, social benefits and conditions of employment are also determined by the government. Once fixed, however, their remuneration cannot be reduced (s. 5). The directors are prohibited from holding offices incompatible with the functions assigned to them by the Act (s. 9). They are also prohibited, under pain of forfeiture of office, from having any direct or indirect interest in an undertaking likely to make their personal interest in conflict with the duties of their office (s. 10). The directors have the powers and immunity of commissioners appointed under the *Act respecting public inquiry commissions*, R.S.Q., c. C-37 (s. 11). In addition, neither the Régie nor the directors can be prosecuted for official acts done in good faith in the exercise of their functions (s. 12).

La Régie se compose d'au moins six régisseurs, dont un président et un vice-président (art. 4). Les régisseurs sont nommés par le gouvernement pour un mandat d'au plus cinq ans. Leur rémunération, leurs avantages sociaux et leurs conditions de travail sont également déterminés par le gouvernement. Une fois fixée, cependant, leur rémunération ne peut être réduite (art. 5). Il est interdit aux régisseurs d'occuper des fonctions incompatibles avec celles que la Loi leur attribue (art. 9). Il leur est également interdit, sous peine de déchéance de leur charge, d'avoir un intérêt direct ou indirect dans une entreprise susceptible de mettre en conflit leurs intérêts personnels et les devoirs de leur fonction (art. 10). Les régisseurs sont investis des pouvoirs et de l'immunité de commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., ch. C-37 (art. 11). De plus, ni la Régie ni les régisseurs ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'un acte officiel accompli de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions (art. 12).

50 The chairman, in addition to his or her role as a director, is responsible for the administration and the general direction of the affairs of the Régie (s. 8). The chairman's duties include presiding over the plenary sessions of the Régie, informing the directors on any questions of general policy, signing the documents and instruments within the Régie's jurisdiction either alone or with any other designated person, and preparing the roll (s. 15 of the *Règles de régie interne de la Régie des permis d'alcool du Québec*, R.R.Q. 1981, c. P-9.1, r. 9). Moreover, the parties admitted that the chairman conducts an annual evaluation, on the basis of a

Le président, en sus de son rôle de régisseur, assure l'administration et la direction générale des affaires de la Régie (art. 8). Il préside notamment aux séances plénières de la Régie, renseigne les régisseurs sur toute question de politique générale, signe seul ou avec toute autre personne désignée les documents et actes du ressort de la Régie, et prépare le rôle (art. 15 des *Règles de régie interne de la Régie des permis d'alcool du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. P-9.1, r. 9). D'autre part, les parties ont admis que le président évalue annuellement, selon un guide type, le rendement des membres et employés de la Régie. Il reçoit, quant à lui, une

rating guide, of the performance of the Régie's members and employees. The chairman is in turn evaluated by the Minister of Public Security. These assessments appear to be used to calculate bonuses. The vice-chairman replaces the chairman in his or her absence (s. 8). The Régie's 1991-92 annual report, which was filed in evidence, describes the vice-chairman's duties as follows (at p. 21):

[TRANSLATION] The incumbent of this position coordinates and supervises the legal advice and support functions of the Régie's directors and legal advisers. She ensures that the Régie's decisions are consistent and that files for submission to the courts are in order.

The other employees of the Régie work in various administrative units. Only the secretariat is of interest in this appeal, as it is responsible, *inter alia*, for the legal services unit, which includes lawyers appointed and remunerated in accordance with the *Public Service Act*, R.S.Q., c. F-3.1.1. Their role is described as follows in the annual report (at p. 22):

[TRANSLATION] Members of legal services review any files that may result in notices to appear before the Régie to ensure that they comply with the law.

These advisers also meet with the solicitors of record to clarify certain aspects of the cases, see that notices of summons are drafted and sent, and present arguments to the Régie sitting in public hearings. Legal services also give legal opinions to the managers and directors, perform legal research and draft opinions, prepare draft regulations on matters within the Régie's jurisdiction and provide the public with information on statutes and regulations.

In practice, employees of the Régie are involved at every stage of the process leading up to the cancellation of a liquor permit, from investigation to adjudication. Thus, the Act authorizes the Régie to require permit holders to provide information (s. 110). Members of the Régie's staff designated by the chairman, or members of police forces, may also inspect establishments during business hours (s. 111). The Régie has signed memorandums of understanding with certain police forces to estab-

cote d'évaluation du ministre de la Sécurité publique. Ces appréciations semblent servir au calcul de bonis. Quant au vice-président, il remplace le président en son absence (art. 8). Le *Rapport annuel 1991-1992* de la Régie, qui fut déposé en preuve, décrit ainsi les tâches du vice-président (à la p. 21):

La titulaire de ce poste coordonne et supervise les fonctions conseils et supports juridiques des régisseurs et des conseillers juridiques de la Régie. Elle assure la cohérence des décisions de la Régie et la bonne marche des dossiers de représentation devant les tribunaux supérieurs.

Les autres employés de la Régie sont répartis en diverses unités administratives. Seul le Secrétariat est d'intérêt pour le présent pourvoi, puisqu'il chapeaute notamment les Services juridiques. Des avocats, nommés et rémunérés suivant la *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., ch. F-3.1.1, font partie de ce service. Leur tâche se trouve ainsi décrite par le Rapport annuel (à la p. 22):

Les membres des Services juridiques examinent la teneur des dossiers qui peuvent faire l'objet de convocations devant la Régie afin de s'assurer de leur conformité avec la loi.

Ces conseillers rencontrent aussi les procureurs aux dossiers pour en clarifier certains aspects, voient à la rédaction des avis de convocation, à l'envoi de citations à comparaître et plaident devant la Régie siégeant en audience publique. Les Services juridiques donnent aussi des avis légaux aux gestionnaires et aux régisseurs, effectuent des recherches juridiques et rédigent des opinions, préparent des projets de règlements sur les matières de la juridiction de la Régie et fournissent au public des renseignements sur les lois et les règlements.

En pratique, des employés de la Régie interviendront à toutes les étapes du processus pouvant mener au retrait d'un permis d'alcool, de l'enquête jusqu'à l'adjudication. Ainsi, la Loi permet à la Régie d'exiger des renseignements des détenteurs de permis (art. 110). Des membres du personnel de la Régie désignés par le président, ou des membres de corps policiers, peuvent également procéder à l'inspection d'établissements pendant les heures d'ouverture (art. 111). La Régie a conclu des pro-

lish a framework for their role of inspection and seizure. The Régie can thus initiate the investigation process. However, a formal investigation is not an absolute prerequisite for cancellation of a permit. The Régie may summon a permit holder of its own initiative or on the application of any interested person, including the Minister of Public Security (s. 85). As the annual report indicates, legal services lawyers participate in the preliminary review of files before the decision to summon a permit holder is made. Where the application for cancellation is made by a third party, s. 26 of the *Regulation respecting the procedure applicable before the Régie des permis d'alcool du Québec*, requires that the Régie summon the permit holder if the facts mentioned call *prima facie* for the enforcement of ss. 86 to 90 of the Act. The Act and regulations do not, however, specify the circumstances in which the Régie may proceed *proprio motu*.

tocoles d'entente avec certains corps policiers afin d'encadrer leur rôle d'inspection et de saisie. La Régie peut donc initier le processus d'enquête. La tenue d'une enquête formelle ne constitue cependant pas un préalable absolu à la révocation d'un permis. La Régie peut en effet convoquer un détenteur de permis de sa propre initiative, ou à la demande de tout intéressé, dont notamment le ministre de la Sécurité publique (art. 85). Comme en fait foi le Rapport annuel, des avocats des Services juridiques participent à l'examen préliminaire des dossiers avant que la décision de convoquer un détenteur de permis ne soit prise. Lorsque la demande de révocation est présentée par un tiers, l'art. 26 du *Règlement sur la procédure applicable devant la Régie des permis d'alcool du Québec* impose à la Régie l'obligation de convoquer le détenteur de permis si les faits invoqués, à leur face même, peuvent donner lieu à l'application des art. 86 à 90 de la Loi. Les dispositions législatives et réglementaires ne précisent cependant pas en quelles circonstances la Régie peut procéder *proprio motu*.

53 If the Régie decides to hold a hearing, a notice of summons drafted by a legal services lawyer is sent to the permit holder. In the case at bar, the notice was signed by the chairman of the Régie. Where a ground related to public tranquility is involved, a hearing is then held before at least two directors designated by the chairman (ss. 15 and 16). One of the legal services lawyers acts as counsel for the Régie at that hearing. The directors must decide the matter and, in the case of a tied vote, the matter is referred to the Régie sitting in plenary session. The proceedings are completed with the publication of written reasons.

Si la Régie décide de tenir une audition, un avis de convocation, rédigé par un avocat des Services juridiques, sera envoyé au détenteur de permis. En l'espèce, cet avis portait la signature du président de la Régie. Par la suite, si un motif relié à la tranquillité publique est invoqué, une audition se tient devant au moins deux régisseurs désignés par le président (art. 15 et 16). Un des avocats des Services juridiques agit comme procureur de la Régie lors de cette audition. Les régisseurs doivent trancher le débat et, en cas de partage des voix, l'affaire est déferée à la Régie siégeant en séance plénière. Le tout s'achève par la publication de motifs écrits.

(ii) *Role of the Régie's Lawyers*

(ii) *Le rôle des avocats de la Régie*

54 This detailed description of the Régie's structure and operations shows that the issue of the role of the lawyers employed by legal services is at the heart of this appeal. In my view, an informed person having thought the matter through would in this regard have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. The Act and regulations do not define the duties of these jurists. The

Cette description détaillée de la structure et du fonctionnement de la Régie démontre que la question du rôle des avocats à l'emploi des Services juridiques se trouve au cœur du présent pourvoi. À mon avis, une personne bien renseignée, étudiant la question en profondeur, éprouverait à ce sujet une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Les dispositions législatives et

Régie's annual report, however, and the description of their jobs at the Régie, show that they are called upon to review files in order to advise the Régie on the action to be taken, prepare files, draft notices of summons, present arguments to the directors and draft opinions. The annual report and the silence of the Act and regulations leave open the possibility of the same jurist performing these various functions in the same matter. The annual report mentions no measures taken to separate the lawyers involved at different stages of the process. Yet it seems to me that such measures, the precise limits of which I will deliberately refrain from outlining, are essential in the circumstances. Evidence as to the role of the lawyers and the allocation of tasks among them is incomplete, but the possibility that a jurist who has made submissions to the directors might then advise them in respect of the same matter is disturbing, especially since some of the directors have no legal training. In this regard, I agree with Brossard J.A. (at p. 581 D.L.R.):

[TRANSLATION] The appellants invite us to presume that their opinions are general or related to the administrative functions of the directors and point out that the Régie's annual report does not establish the existence of any practice by which the prosecuting lawyers would also be called on to give legal opinions in the context of the exercise of the directors' adjudicative function. However, the report does not rule out this possibility. Yet in matters of institutional bias, it is the reasonable apprehension of the informed person that we must consider and not the proven or presumed existence of an actual conflict of interest.

Furthermore, the courts have not hesitated to declare on the basis of the rules of natural justice that such a lack of separation of functions in a lawyer raises a reasonable apprehension of bias. In *Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673 (C.A.), for example, the lawyer who presented the administrative agency's point of view subsequently took part in the review of the reasons for the decision. Brooke J.A. described the role of that lawyer as follows, at p. 676:

réglementaires ne définissent nullement la tâche de ces juristes. Le Rapport annuel de la Régie cependant, ainsi que la description de leur tâche auprès de la Régie, font état qu'ils sont appelés à étudier les dossiers afin de conseiller la Régie sur les actions à prendre, préparer les dossiers, rédiger les avis de convocation, plaider devant les régisseurs et rédiger des opinions. Le Rapport annuel et le silence des dispositions législatives et réglementaires ouvrent la porte à ce qu'un même juriste cumule ces fonctions dans un même dossier. Le rapport ne fait état d'aucune mesure de cloisonnement entre les avocats impliqués à diverses étapes du processus. Or, l'existence de telles mesures, dont je m'abstiens volontairement de tracer les contours précis, me semble essentielle dans les circonstances. La preuve relative au rôle des avocats et à la répartition des tâches entre eux reste lacunaire, mais la possibilité que le juriste ayant plaidé devant les régisseurs conseille par la suite ces derniers quant au même litige choque, et ce d'autant plus que certains régisseurs ne possèdent aucune formation juridique. Je partage à ce sujet l'opinion du juge Brossard (à la p. 2460 R.J.Q.):

Les appelants nous invitent à présumer que leurs avis sont d'ordre général ou reliés aux fonctions administratives des régisseurs et soulignent que le rapport annuel de la Régie n'établit pas l'existence d'une pratique où les avocats poursuivants seraient également appelés à donner des avis légaux dans le cadre de l'exercice de la fonction d'adjudication des régisseurs. Le même document n'élimine cependant pas cette possibilité. Or, en matière de partialité institutionnelle, c'est la crainte ou l'apprehension raisonnable de l'homme avisé qu'il nous faut prendre en considération, et non l'existence prouvée ou présumée d'un actuel conflit d'intérêts.

D'ailleurs, les tribunaux n'ont pas hésité à déclarer, en vertu des règles de justice naturelle, qu'une telle confusion de fonctions chez un procureur soulève une crainte raisonnable de partialité. Dans l'affaire *Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673 (C.A.), par exemple, l'avocat ayant présenté le point de vue de l'organisme administratif avait par la suite participé à la révision des motifs de la décision. Le juge Brooke décrit ainsi le rôle de cet avocat, à la p. 676:

But there is no doubt that his role was to prosecute the case against the appellant and he was not present in a role comparable to that of a legal assessor to the Commission. . . . He was counsel for the appellant's adversary in proceedings to determine the appellant's guilt or innocence on the charge against him. It is basic that persons entrusted to judge or determine the rights of others must, for reasons arrived at independently, make that decision whether it or the reasons be right or wrong. It was wrong for the Commission, who were the judges, to privately involve either party in the Commission's function once the case began and certainly after the case was left to them for ultimate disposition. To do so must amount to a denial of natural justice because it would not unreasonably raise a suspicion of bias in others, including the appellant, who were not present and later learned what transpired.

See also *Després v. Association des arpenteurs-géomètres du Nouveau-Brunswick* (1992), 130 N.B.R. (2d) 210 (C.A.); *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10 (Ont. C.A.), at p. 41.

56

Similarly, in the case at bar, the Régie's lawyers could not advise the directors and make submissions to them without there being a reasonable apprehension of bias. This is not to say that jurists in the employ of an administrative tribunal can never play any role in the preparation of reasons. An examination of the consequences of such a practice would exceed the limits of this appeal, however, as I need only note, to dispose of it, that prosecuting counsel must in no circumstances be in a position to participate in the adjudication process. The functions of prosecutor and adjudicator cannot be exercised together in this manner.

(iii) *Role of the Directors*

57

The Court of Appeal's decision was also based on the fact that the directors could intervene at various stages in the permit cancellation process. The Régie, which is composed of the incumbent directors, may require permit holders to provide information (s. 110) and may assign one of its

[TRADUCTION] Mais il n'y a aucun doute que son rôle consistait à poursuivre l'affaire contre l'appelant et qu'il n'avait pas un rôle comparable à celui d'un assesseur juridique auprès de la Commission [. . .] Il était l'avocat de l'adversaire de l'appelant dans des procédures qui avaient pour objet d'établir la culpabilité ou l'innocence de l'appelant relativement aux accusations qui pesaient contre lui. Il est fondamental que des personnes à qui on confie le soin de juger ou d'établir les droits d'autrui doivent, dans des motifs établis de façon indépendante, rendre une décision, que cette décision ou les motifs qui l'étaient soient corrects ou erronés. Les membres, qui étaient les juges, ont eu tort de faire intervenir l'une ou l'autre des parties dans les travaux de la Commission, à l'insu de tous, une fois que l'affaire était commencée, et certainement après qu'ils eurent l'affaire en main pour rendre une décision finale. Agir ainsi équivaut nécessairement à un déni de justice naturelle parce qu'il n'est pas déraisonnable que cela soulève un soupçon de partialité chez ceux, y compris l'appelant, qui n'étaient pas présents et qui ont plus tard appris ce qui s'est passé.

Voir également *Després c. Association des arpenteurs-géomètres du Nouveau-Brunswick* (1992), 130 R.N.-B. (2^e) 210 (C.A.); *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10 (C.A. Ont.), à la p. 41.

De la même manière, en l'espèce, les avocats de la Régie ne sauraient conseiller les régisseurs et plaider devant eux sans que ne naisse une crainte raisonnable de partialité. Là n'est pas dire que des juristes à l'emploi d'un tribunal administratif ne peuvent en aucun cas jouer un certain rôle dans la préparation de motifs. L'étude des conséquences d'une telle pratique dépasse cependant le cadre du présent pourvoi, puisqu'il me suffit, pour en disposer, de constater que l'avocat poursuivant ne doit sous aucune condition être en mesure de participer au processus d'adjudication. Les fonctions de poursuivant et de juge ne peuvent cohabiter de la sorte.

(iii) *Le rôle des régisseurs*

La Cour d'appel a également fondé sa décision sur le fait que les régisseurs pouvaient intervenir à plusieurs étapes du processus de révocation de permis. La Régie, constituée des régisseurs en exercice, peut en effet exiger des renseignements des détenteurs de permis (art. 110), et peut charger un

employees or a member of a police force to inspect an establishment (s. 111). The directors, including the chairman first and foremost, may thus initiate the review of a specific case. Similarly, the decision to hold a hearing presupposes a certain participation by the directors. It is the Régie that is responsible for sending notices of summons. Where a complaint is submitted to it by a third party, the Régie must hold a hearing if the allegations of fact call *prima facie* for the enforcement of the relevant provisions (s. 26 of the *Regulation respecting the procedure applicable before the Régie des permis d'alcool du Québec*). The circumstances in which the Régie may decide to summon a permit holder of its own initiative are not specified, but it may be concluded by analogy that similar criteria would be applied. Although the Act and the various regulations are silent on this subject, the Court of Appeal held in *Jacob et Bar Le Morency, supra*, that the decision to summon was an administrative decision within the chairman's authority that did not have to be made in plenary session. Gendreau J.A. described this power of the chairman as follows, at p. 311:

[TRANSLATION] The chairman determines only one simple question that boils down to deciding whether it is appropriate, in light of the information obtained and placed in the record kept under s. 20(1) of the Act, to constitute a panel of the Régie to determine whether the permit holder's use complies with the Act. The purpose of the chairman's power is therefore limited to setting the quasi-judicial investigation process in motion, and this power is included among those conferred by the Act.

Furthermore, neither the purpose nor the effect of the chairman's decision is to affect the permit holder's rights; the operation of his or her establishment is not prevented, suspended or restricted. Nor does the notice include a decision or a statement of a presumption of unlawful exercise of trade that the appellants would have to rebut to retain their permit. In short, the chairman, in assigning the case to a panel of the Régie, in no way hinders the appellants either in putting their arguments to the directors in timely fashion or in acting as the authorized managers of their bar until the adjudication, the result of which is not prejudged.

de ses employés ou un membre d'un corps policier d'inspecter un établissement (art. 111). Les régisseurs, dont au premier chef le président, peuvent ainsi initier l'examen d'un cas particulier. De même, la décision de tenir une audition suppose une certaine participation des régisseurs. C'est à la Régie qu'il revient d'envoyer les avis de convocation. Lorsqu'une plainte lui est soumise par un tiers, la Régie doit tenir une audition si les faits allégués, à leur face même, peuvent donner lieu à l'application des dispositions pertinentes (art. 26 du *Règlement sur la procédure applicable devant la Régie des permis d'alcool du Québec*). Il n'est pas précisé sous quelles conditions la Régie peut décider de convoquer un détenteur de permis de son propre chef, mais il est permis de penser, par analogie, que de semblables critères sont appliqués. Bien que la Loi et les divers règlements soient silencieux à ce sujet, la Cour d'appel a décidé, dans l'affaire *Jacob et Bar Le Morency*, précitée, que la décision de convoquer était une décision administrative, du ressort du président, qui n'avait pas à être prise en séance plénière. Le juge Gendreau décrit ainsi, à la p. 311, ce pouvoir du président:

Il ne tranche qu'une seule question, simple, et qui se résume à décider s'il est à propos, eu égard aux informations obtenues et contenues au dossier constitué suivant l'article 20(1) de la *Loi*, de former un banc de la Régie pour constater si l'exploitation du détenteur du permis est conforme à la loi. L'objet du pouvoir qu'il exerce est donc limité à mettre en branle le processus quasi-judiciaire d'enquête et ce pouvoir est inclus dans ceux que la loi lui confère.

La décision du président n'a, en outre, ni pour objet ni l'effet d'affecter les droits du détenteur du permis; l'exploitation de son établissement n'est pas empêchée, suspendue ou restreinte. L'avis ne comporte non plus de décision ou l'énoncé d'une présomption d'exercice illégal du commerce que les appelants devraient repousser pour conserver leur permis. En somme, le président, en confiant à un banc de la Régie l'examen du dossier, ne gêne en rien les appelants à faire valoir leurs moyens en temps et lieu devant les régisseurs, ni à agir comme tenancier autorisé de son bar jusqu'à l'adjudication dont on ne préjuge pas.

58

Although the evidence was silent as to the Régie's practice, that judgment indicates that the decision to summon may be made by the chairman acting alone. In the case at bar, at the very least, the notice of summons bears the chairman's signature. The annual report, however, describes the duties of the directors as follows (at p. 23):

[TRANSLATION] In addition, they must take turns in assuming internal responsibility for verifying and, where appropriate, authorizing the draft decisions submitted by the retailers' and manufacturers' permit directorates, reviewing administrative files submitted by legal services or the above-mentioned directorates in order to decide whether a summons is necessary, having a draft decision prepared or taking any other appropriate action. [Emphasis added.]

Furthermore, once a notice of summons has been sent, the chairman has the power to designate the directors responsible for deciding the case in question (s. 15 of the *Règles de régie interne de la Régie des permis d'alcool du Québec*).

59

A lack of evidence makes it difficult to assess the Régie's operations. It must be noted, however, that the Act and regulations authorize the chairman to initiate an investigation, decide to hold a hearing, constitute the panel that is to hear the case and include himself or herself thereon if he or she so desires. Furthermore, the annual report suggests that other directors sometimes make the decision to hold a hearing, and it does not rule out the possibility that those directors might then decide the case on its merits. In the case at bar, these factors can only reinforce the reasonable apprehension of bias an informed person would have in respect of the Régie owing to the role of counsel.

60

Having said this, I agree with the opinion expressed by Gendreau J.A. in *Jacob et Bar Le Morency* that the decision to hold a hearing does not amount to a prior determination of the validity of the allegations against the permit holder. The fact that the Régie, as an institution, participates in the process of investigation, summoning and adjudication is not in itself problematic. However, the possibility that a particular director could, following the investigation, decide to hold a hearing and

Bien que la preuve soit muette quant à la pratique de la Régie, cet arrêt indique que la décision de convoquer peut être prise par le président agissant seul. En l'espèce, à tout le moins, l'avis de convocation porte sa signature. Le Rapport annuel précise cependant ainsi les tâches des régisseurs (à la p. 23):

Également, ils doivent à tour de rôle assurer la responsabilité de la Chambre afin de vérifier et d'autoriser s'il y a lieu les projets de décisions soumis par les Directions des permis de détaillants et de fabricants, étudier les dossiers de nature administrative soumis par les Services juridiques ou les directions susmentionnées afin de décider s'il y a lieu de convoquer, de faire préparer un projet de décision ou de prendre toute autre mesure appropriée. [Je souligne.]

Par ailleurs, une fois l'avis de convocation envoyé, le président est investi du pouvoir de désigner les régisseurs chargés de décider de l'affaire particulière (art. 15 des *Règles de régie interne de la Régie des permis d'alcool du Québec*).

L'absence de preuve rend difficile l'évaluation du fonctionnement de la Régie. Force est de constater cependant que la Loi et les règlements permettent au président d'initier une enquête, de prendre la décision de tenir une audition, de former le banc devant entendre l'affaire, en s'y incluant s'il le désire. De même, le Rapport annuel suggère que d'autres régisseurs prennent parfois la décision de tenir une audition, et ce même rapport n'élimine pas la possibilité que ces régisseurs décident ensuite de l'affaire au fond. Ces éléments ne peuvent, en l'espèce, qu'affermir la crainte raisonnable de partialité qu'une personne bien renseignée éprouverait à l'endroit de la Régie en raison du rôle des avocats.

Ceci dit, en accord avec l'opinion exprimée par le juge Gendreau dans l'arrêt *Jacob et Bar Le Morency*, je considère que la décision de tenir une audition ne s'apparente pas à une détermination préalable de la validité des reproches formulés à l'encontre du détenteur de permis. Le fait que la Régie, en tant qu'institution, participe au processus d'enquête, de convocation et d'adjudication ne pose pas en soi problème. Cependant, la possibilité qu'un régisseur particulier décide, suite à

could then participate in the decision-making process would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. It seems to me that, as with the Régie's jurists, a form of separation among the directors involved in the various stages of the process is necessary to counter that apprehension of bias.

(2) Independence

The independence of administrative tribunals, which s. 23 of the *Charter* protects in addition to impartiality, is based, *inter alia*, on the relations the decision makers maintain with others and the objective circumstances surrounding those relations. In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 69, Dickson C.J. defined independence as follows:

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.

The three main components of judicial independence, namely security of tenure, financial security and institutional independence, were identified in *Valente*, *supra*. The purpose of these objective elements is to ensure that the judge can reasonably be perceived as independent and that any apprehension of bias will thus be eliminated. Independence is in short a guarantee of impartiality.

The principles developed by this Court in relation to judicial independence must be applied under s. 23 of the *Charter*. That does not mean of course that the administrative tribunals to which s. 23 applies must be in all respects comparable to courts of law. As is the case with impartiality, a certain degree of flexibility is appropriate where administrative agencies are concerned. Le Dain J.'s reasons in *Valente* leave room for a flexibility

l'enquête, de tenir une audition, et puisse ensuite participer au processus décisionnel, soulèverait chez la personne bien renseignée une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Tout comme dans le cas des juristes de la Régie, une certaine forme de cloisonnement entre les régisseurs impliqués à diverses étapes du processus me semble requise afin de répondre à cette crainte de partialité.

(2) L'indépendance

L'indépendance des tribunaux administratifs, qu'en sus de l'impartialité l'art. 23 de la *Charte* protège, tient notamment aux relations que les décideurs entretiennent avec autrui et aux conditions objectives encadrant ces relations. Le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 69, a ainsi défini l'indépendance:

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.

Les trois principales composantes de l'indépendance judiciaire, soit l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle, furent dégagées par l'arrêt *Valente*, précité. Ces éléments objectifs visent en fait à assurer que le juge puisse raisonnablement être perçu comme indépendant, et qu'ainsi les craintes de partialité soient écartées. L'indépendance constitue donc en définitive une garantie de l'impartialité.

Les principes développés par notre Cour en matière d'indépendance judiciaire doivent trouver application en vertu de l'art. 23 de la *Charte*. Là n'est pas dire, bien entendu, que les tribunaux administratifs auxquels cette disposition s'applique doivent se comparer en tout point aux cours de justice. Comme en matière d'impartialité, une certaine dose de flexibilité est de mise à l'endroit des organismes administratifs. Les motifs du juge

that takes the nature of the tribunal and all the circumstances into account. Lamer C.J. noted this recently in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 83:

Therefore, while administrative tribunals are subject to the *Valente* principles, the test for institutional independence must be applied in light of the functions being performed by the particular tribunal at issue. The requisite level of institutional independence (i.e., security of tenure, financial security and administrative control) will depend on the nature of the tribunal, the interests at stake, and other indices of independence such as oaths of office.

See also the reasons of Sopinka J., at para. 113.

Le Dain dans l'arrêt *Valente* laissent d'ailleurs place à la souplesse, d'une façon qui tient compte de la nature du tribunal et de l'ensemble des circonstances. Le juge en chef Lamer le rappelait récemment dans l'affaire *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au par. 83:

Par conséquent, bien que les tribunaux administratifs soient assujettis aux principes énoncés dans l'arrêt *Valente*, le critère relatif à l'indépendance institutionnelle doit être appliqué à la lumière des fonctions que remplit le tribunal particulier dont il s'agit. Le niveau requis d'indépendance institutionnelle (c.-à-d. l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif) dépendra de la nature du tribunal, des intérêts en jeu et des autres signes indicatifs de l'indépendance, tels les serments professionnels.

Voir également les motifs du juge Sopinka, au par. 113.

63 The Quebec courts that have interpreted s. 23 have likewise considered the functions and characteristics of the administrative agencies in question in their analyses (see, for example, *Coffin v. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 1307 (Sup. Ct.); *Nantais v. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 2465 (Sup. Ct.); *Services Asbestos Canadien (Québec) Ltée v. Commission de la construction du Québec*, [1989] R.J.Q. 1564 (Sup. Ct.); *Taverne Le Relais, supra*; *G.E. Hamel Ltée v. Cournoyer*, [1989] R.J.Q. 2767 (Sup. Ct.); *Société de vin internationale Ltée v. Régie des permis d'alcool du Québec*, J.E. 91-853 (Sup. Ct.)). There is in fact no question that administrative tribunals do not necessarily have to provide the same objective guarantees of independence as higher courts. I note, however, that s. 23 does not authorize the existence of agencies in respect of which an informed observer would, after analysing all relevant factors, have a reasonable apprehension of bias.

Les tribunaux québécois ayant interprété l'art. 23 ont de la même façon considéré dans leur analyse les fonctions et caractéristiques propres aux organismes administratifs en cause (voir par exemple *Coffin c. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 1307 (C.S.); *Nantais c. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 2465 (C.S.); *Services Asbestos Canadien (Québec) Ltée c. Commission de la construction du Québec*, [1989] R.J.Q. 1564 (C.S.); *Taverne Le Relais, précité*; *G.E. Hamel Ltée c. Cournoyer*, [1989] R.J.Q. 2767 (C.S.); *Société de vin internationale Ltée c. Régie des permis d'alcool du Québec*, J.E. 91-853 (C.S.)). Il ne fait en effet pas de doute que les tribunaux administratifs n'auront pas nécessairement à présenter les mêmes garanties objectives relatives à l'indépendance que les cours supérieures. Je rappelle toutefois que l'art. 23 ne tolère pas l'existence d'organismes à propos desquels un observateur bien renseigné, à l'issue de l'analyse de tous les éléments pertinents, éprouverait des craintes raisonnables de partialité.

64 It is now necessary, in light of these principles, to consider the respondent's arguments against the Régie. Only security of tenure and institutional independence were challenged on the basis of specific factors. I shall refrain from ruling on other

Il me faut maintenant, à la lumière de ces principes, étudier les reproches que l'intimée formule à l'endroit de la Régie. À l'aide de certains éléments précis, seules l'inamovibilité et l'indépendance institutionnelle sont mises en doute. Je m'abstiens

aspects of the status of the directors or the structure of the Régie.

(i) *Security of Tenure*

The respondent relied primarily on the term of office of the directors and the method of dismissal. They are appointed by the government for a term of not more than five years (s. 4). Supplementary directors may also be appointed for as long as the government determines. The orders of appointment adduced in evidence refer to terms of two, three and five years. Once appointed, at least judging by the orders of appointment adduced in evidence, the directors can be dismissed only for specific reasons. All the contracts contain the following clause, which is taken from the agreement between the government and the chairman of the Régie:

[TRANSLATION]

5.2 Dismissal

Mr. Laflamme also agrees that the government may revoke this appointment at any time, without notice or compensation, on grounds of defalcation, mismanagement, gross fault or any ground of equal seriousness, proof of which lies upon the government.

Some of the employment contracts also contain the following clause:

[TRANSLATION]

7. Renewal

As provided for in article 2, Mr. Laflamme's term shall end on May 31, 1995. If the minister responsible intends to recommend to the government that his term as director and chairman of the Régie be renewed, the said minister shall notify him at least six months prior to the expiry of the present term.

If this appointment is not renewed or if the government does not appoint Mr. Laflamme to another position, Mr. Laflamme shall rejoin the staff of the Ministère de la Sécurité publique on the terms and conditions set out in article 6.

In my view, the directors' conditions of employment meet the minimum requirements of indepen-

volontairement de me prononcer sur d'autres aspects du statut des régisseurs ou de la structure de la Régie.

(i) *L'inamovibilité*

L'intimée s'attache principalement à la durée du mandat et au mode de destitution des régisseurs. Ceux-ci sont nommés par le gouvernement pour un mandat d'au plus cinq ans (art. 4). Des régisseurs supplémentaires peuvent également être désignés, pour le temps que le gouvernement détermine. Les décrets de nomination mis en preuve font état de mandats de deux, trois et cinq ans. Une fois nommés, du moins si l'on s'en fie aux décrets de nomination mis en preuve, les régisseurs ne peuvent être démis que pour des motifs précis. Tous les contrats contiennent en effet la clause suivante, tirée ici de l'accord liant au gouvernement le président de la Régie:

5.2 Destitution

Monsieur Laflamme consent également à ce que le gouvernement révoque en tout temps le présent engagement, sans préavis ni indemnité, pour raisons de malversation, maladministration, faute lourde ou motif de même gravité, la preuve étant à la charge du gouvernement.

Certains contrats d'emploi contiennent aussi la clause suivante:

7. Renouvellement

Tel que prévu à l'article 2, le mandat de monsieur Laflamme se termine le 31 mai 1995. Dans le cas où le ministre responsable a l'intention de recommander au gouvernement le renouvellement de son mandat à titre de régisseur et président de la Régie, il l'en avisera au plus tard six mois avant l'échéance du présent mandat.

Si le présent engagement n'est pas renouvelé ou si le gouvernement ne nomme pas monsieur Laflamme à un autre poste, ce dernier sera réintégré parmi le personnel du ministère de la Sécurité publique aux conditions énoncées à l'article 6.

Les conditions d'emploi des régisseurs se conforment à mon avis aux exigences minimales d'in-

65

66

67

dence. These do not require that all administrative adjudicators, like judges of courts of law, hold office for life. Fixed-term appointments, which are common, are acceptable. However, the removal of adjudicators must not simply be at the pleasure of the executive. Le Dain J. summarized the requirements of security of tenure as follows in *Valente*, at p. 698:

... that the judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

68

In the case at bar, the orders of appointment provide expressly that the directors can be dismissed only for certain specific reasons. In addition, it is possible for the directors to apply to the ordinary courts to contest an unlawful dismissal. In these circumstances, I am of the view that the directors have sufficient security of tenure within the meaning of *Valente*, since sanctions are available for any arbitrary interference by the executive during a director's term of office.

(ii) *Institutional Independence*

69

It was suggested that the large number of points of contact between the Régie and the Minister of Public Security was problematic. The Minister is responsible for the application of the Act (s. 175). The Régie is required to submit a report to the Minister each year (s. 21) and the Minister may require information from the chairman on the agency's activities (s. 22). In addition, the Minister of Public Security must approve any rules the Régie might adopt in plenary session for its internal management (s. 24), and the Government must approve the various regulations made by the Régie (s. 116). Each year, the Minister also conducts the evaluation of the chairman of the Régie. Furthermore, the Minister is responsible for the various

dépendance. Celles-ci ne requièrent pas que tous les juges administratifs occupent, à l'instar des juges des tribunaux judiciaires, leur fonction à titre inamovible. Les mandats à durée déterminée, fréquents, sont acceptables. Il importe toutefois que la destitution des juges administratifs ne soit pas laissée au bon plaisir de l'exécutif. Le juge Le Dain résumait ainsi les exigences d'inamovibilité dans l'affaire *Valente*, à la p. 698:

... que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé toute possibilité de se faire entendre. L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

En l'espèce, les décrets de nomination prévoient expressément que la destitution des régisseurs ne peut avoir lieu que pour certains motifs précis. De plus, les régisseurs conservent la possibilité de s'opposer aux tribunaux de droit commun afin de s'opposer à une destitution illégale. En ces circonstances, je considère que les régisseurs jouissent d'une inamovibilité suffisante, au sens de l'arrêt *Valente*, puisque toute intervention arbitraire de l'exécutif en cours de mandat pourra être sanctionnée.

(ii) *L'indépendance institutionnelle*

Il a été suggéré que le grand nombre de points de contact existant entre la Régie et le ministre de la Sécurité publique posait problème. Le ministre est en effet responsable de l'application de la Loi (art. 175). La Régie doit lui présenter annuellement un rapport (art. 21), et il peut requérir du président des renseignements sur les activités de l'organisme (art. 22). De plus, le ministre de la Sécurité publique doit approuver les règles que la Régie, en séance plénière, peut adopter pour sa régie interne (art. 24), et le gouvernement doit sanctionner les divers règlements pris par la Régie (art. 116). Le ministre procède aussi, à chaque année, à l'évaluation du président de la Régie. Par ailleurs, le ministre chapeaute les divers corps de police qui, à la

police forces that may, at the Régie's request, conduct investigations. Finally, the Minister may initiate the permit cancellation process by submitting an application to the Régie under s. 85.

In light of the evidence as a whole, I do not consider these various factors sufficient to raise a reasonable apprehension with respect to the institutional independence of the Régie. It is not unusual for an administrative agency to be subject to the general supervision of a member of the executive with respect to its management. As *Le Dain J.* stated in *Valente*, at p. 712, the essential elements of institutional independence may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. It has not been shown how the Minister might influence the decision-making process. The chairman is responsible for monitoring the Régie's day-to-day activities and its various employees, and for preparing the rolls. The fact that the Minister of Public Security is ultimately responsible for both the Régie and the various police forces conducting investigations would not in my view cause an informed person to have a reasonable apprehension with respect to the independence of the directors. The directors swear an oath requiring them to perform the duties of their office honestly and fairly. The Minister's links with the various parties involved are accordingly not sufficient to raise concerns.

C. *The Appropriate Order*

The structure of the Régie does not meet the requirements of s. 23 of the *Charter*. However, the various shortcomings I have identified are not imposed by the constituent legislation or regulations made thereunder. Thus, I do not consider it necessary to declare specific provisions of the Act to be inconsistent with the *Charter*. It is sufficient to grant the respondent's motion in evocation and accordingly quash the Régie's decision.

The respondent is also seeking costs calculated on the basis of expenses actually incurred.

demande de la Régie, peuvent mener enquête. Le ministre peut enfin initier le processus de révocation de permis, en déposant à la Régie une demande fondée sur l'art. 85.

Au vu de l'ensemble de la preuve, je ne crois pas que ces divers éléments suffisent à soulever une crainte raisonnable quant à l'indépendance institutionnelle de la Régie. Il n'est en effet pas inhabituel qu'un organisme administratif soit soumis à la supervision générale d'un membre de l'exécutif quant à sa gestion. Comme l'énonçait le juge *Le Dain* dans l'arrêt *Valente*, à la p. 712, les éléments essentiels de l'indépendance institutionnelle se résument au contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Or, il n'a pas été démontré en quoi le ministre pouvait influencer sur le processus décisionnel. Le contrôle quotidien des activités de la Régie et de ses divers employés, ainsi que la confection des rôles, sont du ressort du président. Le fait qu'en dernière analyse, le ministre de la Sécurité publique soit à la fois responsable de la Régie et des divers corps policiers menant enquête ne soulèverait pas à mon avis chez une personne bien informée une crainte raisonnable quant à l'indépendance des régisseurs. Ceux-ci prononcent en effet un serment les obligeant à remplir les devoirs de leur charge avec honnêteté et justice. Les liens qu'entretient le ministre avec les divers intervenants ne suffisent donc pas à susciter des inquiétudes.

C. *L'ordonnance appropriée*

La structure de la Régie ne se conforme pas aux exigences posées par l'art. 23 de la *Charte*. Les diverses imperfections que j'ai identifiées ne sont cependant pas imposées par la loi constitutive ou des règlements accessoires. Ainsi, il ne me paraît pas nécessaire d'affirmer l'incompatibilité de dispositions précises de la Loi avec la *Charte*. Il suffit en effet d'accueillir la requête en évocation présentée par l'intimée, et d'annuler en conséquence la décision de la Régie.

D'autre part, l'intimée requiert que les dépens, calculés sur la base des frais réellement encourus,

70

71

72

Although I am proposing to allow the appeal, I would award costs to the respondent in light in particular of the fact that the issue is one of general interest and the success of the respondent's arguments in this Court. My award is limited to the usual tariff, however.

V — Conclusion

73

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, grant the motion in evocation and quash the Régie's decision of February 17, 1993 cancelling the respondent's liquor permits, the whole with costs to the respondent.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. —

INDEX

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	74
II. <u>The Régie's Duty to Be Impartial</u>	76
A. <i>General Considerations</i>	76
(1) <u>The Common Law's Applicability in Public Law</u>	76
(2) <u>Methodology of Legal Analysis in Administrative Law</u>	85
(3) <u>Distinctions Between Independence and Impartiality</u>	105
(4) <u>Distinctions Between Bias and Reasonable Apprehension of Bias</u>	112
B. <i>Classification of the Régie's Acts</i>	116
C. <i>An Administrative Agency's Duty to Be Impartial</i>	128
D. <i>Remedies</i>	132
III. <u>The Charter</u>	146
A. <i>Methodological Approach</i>	147
B. <i>Sections 23 and 56(1) of the Charter: Legal Interpretation</i>	185
(1) <u>The So-Called "Plain Meaning"</u>	187

soient adjugés en sa faveur. Même si je me propose d'accueillir le pourvoi, je suis d'avis d'accorder les dépens à l'intimée, au vu notamment de l'intérêt général que soulève la question en litige et du succès que rencontrent les prétentions de l'intimée devant nous. Je m'en tiens, cependant, au tarif habituel.

V — Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et celui de la Cour supérieure, d'accueillir la requête en évocation et d'annuler la décision de la Régie du 17 février 1993 révoquant les permis d'alcool détenus par l'intimée, le tout avec dépens en faveur de l'intimée.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	74
II. <u>L'obligation d'impartialité de la Régie</u>	76
A. <i>Considérations générales</i>	76
(1) <u>Applicabilité de la common law en droit public</u>	76
(2) <u>Méthodologie d'analyse juridique en droit administratif</u>	85
(3) <u>Distinctions entre l'indépendance et l'impartialité</u>	105
(4) <u>Distinctions entre la partialité et la crainte raisonnable de partialité</u>	112
B. <i>Classification des actes de la Régie</i>	116
C. <i>L'obligation d'impartialité d'un organisme administratif</i>	128
D. <i>Recours</i>	132
III. <u>La Charte</u>	146
A. <i>Approche méthodologique</i>	147
B. <i>L'article 23 et le par. 56(1) de la Charte: interprétation juridique</i>	185
(1) <u>Le soi-disant «sens ordinaire»</u>	187

(2) <u>Immediate Context: <i>Noscitur A Sociis</i></u>	195	(2) <u>Contexte immédiat: <i>noscitur a sociis</i></u>	195
(3) <u>Broader Context: Provisions of Chapter III of Part I of the <i>Charter</i></u>	201	(3) <u>Contexte élargi: les dispositions dans le chapitre III de la partie I de la <i>Charte</i></u>	201
(4) <u>Context of the Statute as a Whole</u>	206	(4) <u>Contexte de la loi dans son ensemble</u>	206
(5) <u>Legislative Evolution</u>	223	(5) <u>L'évolution législative</u>	223
(6) <u>External Context</u>	236	(6) <u>Le contexte externe</u>	236
C. <u>Conclusion</u>	245	C. <u>Conclusion</u>	245
D. <u>Consequences of the "Penal Significance" and "Non-Penal Significance" Categorization</u>	249	D. <u>Conséquences de la catégorisation «importance pénale» et «importance non pénale»</u>	249
IV. <u>Summary</u>	256	IV. <u>Sommaire</u>	256
V. <u>Disposition</u>	264	V. <u>Dispositif</u>	264

I. Introduction

This appeal brings the impartiality of the Quebec Régie des permis d'alcool into question and requires the Court to consider what remedies are available and appropriate in the circumstances. Since my colleague Justice Gonthier has summarized the relevant facts and the judicial history, I need not do so. The central issues in this appeal essentially relate to the following two points:

1. Did the Régie breach its duty to be impartial toward the respondent?
2. If so, what remedies are available under the applicable law?

Contrary to the opinion of my colleague Gonthier J., I believe that this appeal is governed solely by administrative law. Although I agree with the result reached by my colleague, I reach it using a different analysis. If I had concluded that s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "*Charter*"), applies to the facts that gave rise to this appeal, I would have expressed complete agreement with my colleague's reasons. In my view, however, s. 23 of the *Charter* is not applicable in the case at bar, for the following reasons.

I. Introduction

Le présent pourvoi met en question l'impartialité de la Régie des permis d'alcool du Québec, et amène la Cour à se pencher sur les divers recours et remèdes disponibles et appropriés dans les circonstances. Mon collègue le juge Gonthier a résumé les faits pertinents ainsi que l'historique judiciaire, ce qui me dispense de le faire. Les questions au cœur du présent pourvoi portent essentiellement sur les deux points suivants:

1. La Régie a-t-elle manqué à son obligation d'impartialité envers l'intimée?
2. Dans l'affirmative, quels sont les recours disponibles en vertu du droit applicable?

Contrairement à l'opinion de mon collègue le juge Gonthier, le présent pourvoi relève, selon moi, uniquement du droit administratif. Quoique je sois d'accord avec le résultat auquel mon collègue arrive, j'y parviens au moyen d'une analyse différente. Si j'en étais venue à la conclusion que l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la «*Charte*»), s'applique aux faits qui ont donné lieu au présent pourvoi, j'aurais entièrement souscrit aux motifs de mon collègue. Cependant, à mon avis, l'art. 23 de la *Charte* ne trouve pas application en l'espèce pour les raisons suivantes.

II. The Régie's Duty to Be Impartial

A. *General Considerations*

(1) The Common Law's Applicability in Public Law

76 Although it may seem obvious, I believe it would be helpful to point out what I consider to be the proper starting point in analysing a situation like this one. The proceedings began after steps were taken to suspend or cancel permits issued by an agency created by a provincial statute, namely Quebec's Régie des permis d'alcool. There is no question that this is an administrative law matter. Administrative law, which is part of public law, is based on the common law in all Canadian provinces, including Quebec: see generally R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), vol. 1, at pp. 19-21.

77 The fact that administrative law has its basis in the common law is very well established in the case law of both the Quebec courts and this Court. In *Bisaillon v. Keable*, [1980] C.A. 316, the issue was the nature and scope of the principle that police sources of information are confidential. The three judges of the Quebec Court of Appeal, including myself, referred to the place of the common law in Quebec public law. I wrote the following (at p. 328):

[TRANSLATION] There can, it seems to me, be little question that this privilege of immunity for police sources of information is a principle recognized by the common law.

The appellant argued . . . that since this is a public law matter and the source of our law is the common law, the form and scope of this privilege are the same under both Canadian and Quebec public law. He relied, *inter alia*, on *Canadian Broadcasting Corporation v. Cordeau*, in which Beetz J., referring to *Cotroni*, expressed agreement with what Pigeon J. had said in rendering the unanimous judgment of the Court:

A rule of common law is not repealed by a statute that does not mention it (*Alliance des professeurs catho-*

II. L'obligation d'impartialité de la Régie

A. *Considérations générales*

(1) Applicabilité de la common law en droit public

Malgré que cela puisse sembler évident, je crois utile de rappeler ce qui, à mon avis, doit constituer le point de départ de l'analyse dans une situation comme celle-ci. Le litige est né à la suite de procédures visant à suspendre ou à retirer des permis délivrés par un organisme établi par une loi provinciale, en l'occurrence la Régie des permis d'alcool du Québec. Tous s'entendent à l'effet qu'il s'agit d'une situation de droit administratif. Or, le droit administratif, partie du droit public, est fondé sur la common law dans toutes les provinces canadiennes y compris le Québec: voir généralement R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1984), t. 1, aux pp. 26 à 28.

Ce fondement du droit administratif sur la common law est très bien établi dans la jurisprudence québécoise et dans celle de notre Cour. L'affaire *Bisaillon c. Keable*, [1980] C.A. 316, mettait en cause la nature et l'étendue du principe de confidentialité des sources d'information de la police. Les trois juges de la Cour d'appel du Québec, dont j'étais à l'époque, ont souligné la place qu'occupe la common law dans le droit public québécois. Pour ma part, j'écrivais (à la p. 328):

Il m'apparaît difficilement contestable que ce privilège de l'immunité des sources d'information de la police soit un principe reconnu en *Common law*.

C'est la prétention de l'appelant [. . .] qu'étant en matière de droit public, la source de notre droit étant la *Common law*, ce privilège existe en droit public canadien et québécois sous la même forme et avec la même étendue. Il s'appuie, entre autres, sur l'arrêt *Société Radio-Canada c. Cordeau*, où M. le juge Beetz, se référant à l'arrêt *Cotroni*, endosse les remarques de M. le juge Pigeon prononçant le jugement unanime de la Cour:

Un principe de *common law* n'est pas écarté par une loi qui n'en parle pas (*Alliance des professeurs catho-*

ques de Montréal v. Labour Relations Board ([1953] 2 S.C.R. 140)).

I noted, however, that when the common law is codified, either in Quebec or elsewhere in Canada, the legislation takes precedence.

After pointing out all the relevant distinctions between our police system and the English system, Turgeon J.A. reached the same conclusion (at p. 322):

[TRANSLATION] I conclude that in the case at bar the appellant cannot rely on the English common law I have summarized above. Quebec legislation must prevail. . . .

In the same case, Monet J.A. (dissenting in the result) stated the following about the relationship between the common law and statute law in Quebec (at pp. 335-36):

[TRANSLATION] England's public law is the source of our public law. A number of fundamental legal rules are known not to have been incorporated into statutes.

. . . .

The status of police officers, police forces and police chiefs is, of course, different here and in England in several respects. The same is true of the Attorney General's role, as noted by Turgeon J.A.

However, in public law, can these structural differences serve to justify overturning a substantive rule that is not essentially based on the degrees of police autonomy and independence? I do not think so. Except where a statute enacted by the competent legislative authority has totally abolished or eliminated such a rule in an express and unequivocal fashion, I am of the view that it remains part of our public law. We have not been referred to any such statute. Moreover, as far as I know, the Supreme Court of Canada has not overturned the rule, nor have the many consistent decisions of the courts of this country.

On appeal to the Supreme Court (*Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 98), Beetz J., writing for the Court, adopted Monet J.A.'s position in the following terms:

liques de Montréal c. Commission des relations ouvrières ([1953] 2 R.C.S. 140)).

Tout en soulignant que lorsque la common law fait l'objet d'une codification, tant au Québec qu'ailleurs au Canada, la législation prime.

Le juge Turgeon, après avoir mis en évidence toutes les distinctions pertinentes entre notre système policier et le système anglais, arrivait à la même conclusion (à la p. 322):

Je conclus que, dans le cas particulier sous étude, l'appelant ne peut invoquer la *Common Law* d'Angleterre que j'ai résumée ci-dessus. C'est la législation du Québec qui doit prévaloir . . .

Toujours dans le même arrêt, le juge Monet (dissident quant au résultat) s'exprimait ainsi en ce qui a trait aux relations entre la common law et le droit de source législative au Québec (aux pp. 335 et 336):

Le droit public d'Angleterre est à l'origine du nôtre. On sait que plusieurs règles fondamentales de droit n'y sont pas incorporées dans des textes législatifs (*statutes*).

. . . .

Certes, le statut des policiers, des corps de police, des chefs de police chez nous et en Angleterre diffère sur plusieurs points. Il en va de même du rôle du Procureur général et de l'*Attorney General* comme le signale monsieur le juge Turgeon.

Mais, en droit public, peut-on s'autoriser de ces dissimilitudes de structure pour écarter une règle de fond qui ne tire pas essentiellement son origine des degrés d'autonomie et d'indépendance de la police? Je ne le crois pas. Hormis le cas où une loi adoptée par le pouvoir législatif compétent aurait abrogé ou supprimé complètement de façon expresse et non équivoque une telle règle, je suis d'avis qu'elle fait encore partie de notre droit public. Or, aucune loi de cette nature ne nous a été citée. Et, à ce que je sache, la Cour suprême du Canada ne l'a pas écartée, non plus qu'une multiplication de décisions concordantes des Tribunaux de notre pays.

En appel devant la Cour suprême (*Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 98), le juge Beetz pour la Cour a adopté la position du juge Monet en ces termes:

78

79

80

Unless overturned by validly adopted statutory provisions, these common law rules must be applied in an inquiry into the administration of justice, which is thus a matter of public law.

81

According to the *ratio decidendi* of *Keable*, the common law generally applies in Quebec public law, subject to specific legislative amendments. That *ratio* was restated in *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (Ville)* (1986), 3 Q.A.C. 163. In that case, the issue was the scope of a municipality's delictual liability for negligence in providing firefighting services. Nichols J.A., who quoted, *inter alia*, L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (1965), provided an excellent review of the common law's place in Quebec public law (at pp. 193-95):

[TRANSLATION] The judgment lays down an extremely important principle: in matters of public law in the Province of Québec, the basic law is English law. Why? Because in keeping with the rule that general law is not derogated from beyond what is expressed, application of common law extends to all that is not formally excluded.

. . .

Three components of public law may create obligations and duties for municipalities: statute law, regulations and common law principles.

. . .

It thus becomes necessary to rely on the public common law that has traditionally governed our municipalities.

. . .

It therefore seems clear to me that it is necessary to turn to English public law.

82

Vallerand and Chouinard J.J.A. adopted concurring reasons that led them to the same disposition. On appeal ([1989] 1 S.C.R. 705), this Court

À moins d'être écartées par des dispositions législatives valablement adoptées, ces règles de la *common law* doivent être appliquées dans une enquête qui porte sur l'administration de la justice et qui est donc de droit public.

Selon la *ratio decidendi* de l'arrêt *Keable*, la common law s'applique de façon générale, en droit public québécois, sous réserve des amendements législatifs particuliers. Cette *ratio* a été reprise dans l'affaire *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)* (1986), 3 Q.A.C. 163. Dans cette cause, la question consistait à déterminer l'étendue de la responsabilité délictuelle d'une municipalité dans une affaire de négligence en matière de services de protection contre les incendies. Le juge Nichols, citant notamment L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (1965), effectue une excellente revue de la place qu'occupe la common law en droit public québécois (aux pp. 193 à 195):

L'arrêt pose donc un principe extrêmement important, savoir que le droit fondamental dans la province de Québec, chaque fois qu'il s'agit de droit public, c'est le droit anglais. Pourquoi? Parce que l'application de la Common Law, toujours d'après la règle que l'on ne déroge pas au droit commun au-delà de ce qui est exprimé, s'étend à tout ce qui n'est pas exclu formellement.

. . .

Trois composantes du droit public peuvent être sources d'obligations et de devoirs pour les municipalités: le droit statutaire, les règlements et les principes de *common law*.

. . .

Il faut dès lors s'en remettre au droit public de *common law* qui traditionnellement a régi nos municipalités.

. . .

Il me paraît donc évident qu'il faut recourir au droit public anglais.

Les juges Vallerand et Chouinard, quant à eux, ont adopté des motifs concordants qui les ont conduits au même dispositif. En appel devant nous

reached the same conclusion. In my concurring opinion, I stated the following (at pp. 737-41):

The *Quebec Act* of 1774 sealed the fate of the two major legal systems that would govern the law applicable in Quebec: French civil law as it stood before 1760 with its subsequent amendments in Quebec for everything relating to property and civil rights, and the common law as it stood in England at that time, and as subsequently amended, for what related to public law.

. . .

Louis-Philippe Pigeon said the following (*Drafting and Interpreting Legislation* (1988), at pp. 65-66):

This is why, for instance, English law is the basis of municipal and school law, and of administrative law generally. Our Court of Appeal rendered a very important decision on this point: *Langelier v. Giroux*, 52 B.R. 113 (Que.) . . .

. . .

. . . the common law which applies in Canada in the area of public law, in criminal as in administrative law, in the absence of legislation excluding it, is the common law as subsequently amended by statute and case-law. . . .

In everything not related to property and civil rights, then, common law is the fundamental law in the Province of Québec. [Pigeon, *supra*, at p. 66.]

. . .

Public law has its origin in the common law, and common-law decisions must thus be examined to determine the state of public law in the area applicable in Canada.

Beetz J., writing for the majority, expressed the same view about the common law's place in Quebec public law (at pp. 721 and 726):

The public law of Quebec is acknowledged to be composed of two elements: statute and the common law. . . .

The second component of the public law is the common law. Two clarifications must be made at this point.

([1989] 1 R.C.S. 705), notre Cour s'est prononcée dans le même sens. Dans mon opinion concourante, je précisais ce qui suit (aux pp. 737 à 741):

L'Acte de Québec de 1774 a scellé le sort des deux grands systèmes juridiques qui allaient régir le droit applicable au Québec: le droit civil français tel qu'il existait avant 1760 avec ses modifications subséquentes au Québec pour tout ce qui touche à la propriété et aux droits civils (*property and civil rights*) et la *common law* telle qu'elle existait en Angleterre à la même époque avec ses modifications subséquentes en ce qui concerne le droit public.

. . .

M^e Louis-Philippe Pigeon (*Rédaction et interprétation des lois* (1978)) l'affirmait ainsi, aux pp. 50 et 51:

. . . lorsqu'il s'agit de droit municipal ou de droit scolaire, le fond du droit c'est le droit anglais tout comme en droit administratif généralement. Sur ce point, je citerai une décision très importante de notre Cour d'appel: *Langelier v. Giroux*, 52 B.R., 113 . . .

. . .

[Il est] acquis que la *common law* qui s'applique au Canada en matière de droit public, en droit criminel comme en droit administratif, à moins de texte législatif l'excluant, est la *common law* telle qu'elle a été modifiée subséquentement par la législation et la jurisprudence . . .

C'est donc la Common Law qui se trouve le droit fondamental dans la province de Québec en tout ce qui n'est pas *property and civil rights*. [Pigeon, *op. cit.*, à la p. 51.]

. . .

Le droit public tire ses origines de la *common law* et, en conséquence, la jurisprudence de *common law* doit être examinée afin de déterminer l'état du droit public applicable au Canada en la matière.

Le juge Beetz, s'exprimant au nom de la majorité, s'est dit du même avis en ce qui concerne la place qu'occupe la *common law* en droit public québécois (aux pp. 721 et 726):

On reconnaît que le droit public du Québec se compose de deux éléments: le droit écrit et la *common law* . . .

La seconde composante du droit public est la *common law*. Il y a lieu, à ce stade, de faire une double mise au

First, only that part of the common law which is of public character is applicable. Because the common law makes, in principle, no distinction between public and private law, the identification of the "public" common law can be a difficult task. Nonetheless, because Quebec is a jurisdiction of two juridical regimes, the civil law and the common law, the identification must be made. Second, it is the common law as it exists at present that is applicable in Quebec under art. 356 *C.C.L.C.*

As my colleague indicates in her reasons, there is no statutory provision either exonerating the city of Beauport from, or subjecting the city of Beauport to, liability for damage caused by its acts pursuant to its discretionary powers. The resolution of the question of whether arts. 1053 *et seq.* *C.C.L.C.* apply to determine the city of Beauport's responsibility must therefore begin in the "public" common law.

84 See also *Maska Auto Spring Ltée v. Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 S.C.R. 3. It must therefore be concluded that in administrative law, it is the common law that applies both in Quebec and in the rest of Canada.

(2) Methodology of Legal Analysis in Administrative Law

85 That being said, it is necessary to determine the appropriate method of legal analysis for administrative law matters, by contrast with property and civil rights matters, since the two differ.

86 As noted in *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), prepared by the Faculty of Law and the Institute of Comparative Law at McGill University, under the general editorship of Professors J. Brierley and R. Macdonald, the idea that there is a "basic fabric" or "background canvas" of the law exists in both the civil law and the common law (at pp. 100, 105 and 137):

[The Code] presumes itself to be a definitionally exhaustive synthesis of the general concepts governing all topics within its purview. Statutory law must either

point. Premièrement, seule la partie de la *common law* qui est de caractère «public» est applicable. Parce que la *common law* n'établit, en principe, aucune distinction entre le droit public et le droit privé, l'identification de la *common law* «publique» peut se révéler une tâche difficile. Néanmoins, parce que le Québec comporte deux régimes juridiques, le droit civil et la *common law*, cette identification doit se faire. Deuxièmement, c'est la *common law* qui existe actuellement qui s'applique au Québec en vertu de l'art. 356 *C.c.B.-C.*

Comme ma collègue l'indique dans ses motifs, il n'existe aucune disposition légale qui rende la ville de Beauport responsable, ou non responsable, du préjudice résultant des actes qu'elle a accomplis conformément à ses pouvoirs discrétionnaires. Il faut donc chercher tout d'abord dans la *common law* «publique» la réponse à la question de savoir si les art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.* s'appliquent pour déterminer la responsabilité de la ville de Beauport.

Voir aussi *Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 R.C.S. 3. Il faut donc conclure qu'en droit administratif, c'est la common law qui s'applique tant au Québec que dans le reste du Canada.

(2) Méthodologie d'analyse juridique en droit administratif

Cela étant dit, il faut préciser quelle est la méthode appropriée pour l'analyse juridique des situations de droit administratif, par rapport à une situation dans le domaine de la propriété et des droits civils, car les deux diffèrent.

Comme on le précise dans *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), préparé par la Faculté de droit et l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, sous la direction des professeurs J. Brierley et R. Macdonald, tant en droit civil qu'en common law, il existe une notion de «toile de fond du droit» — une trame fondamentale — (aux pp. 100, 105 et 137):

[TRADUCTION] [Le Code] se veut une synthèse complète, du point de vue définitionnel, des concepts généraux régissant tous les sujets qu'il embrasse. Le droit d'ori-

implicitly incorporate the structure of rights presented by the Code, or explicitly derogate from it.

... The premises are that there is no other source of legislative rules of equal status, and that none of the fundamental organizing framework of the Civil law is expressed in external legislative sources. It is in this theoretical rather than empirical sense that a Code can claim to be a gapless presentation of the basic fabric of the Civil law.

In view of the above features and ambitions, it is to be expected that the style of expression of a Code should differ from that of other legislative instruments such as statutes and regulations. . . .

... In fact, however, the Code is largely enabling, just like the uncodified rules in Common law systems, of which it is the legislated equivalent.

In playing this primary role, the Code serves, like the unenacted common law in the Common law tradition, as the background canvas and organizing framework for legal interpretation. [Italics and underlining added.]

To make the similarities and differences between the two basic fabrics or background canvases easier to understand, I must begin by going back to the end of the French regime. At that time, the "French" basic fabric of the law as a whole was made up of the custom of Paris, on which the judgments of the Sovereign Council of New France were superimposed, and Roman law and canon law, which were supplementary in nature. In 1760, with the Conquest, all of this basic fabric was destroyed and then replaced by the common law in all areas of the law. The common law thus became the basic fabric for all of Quebec law. In 1774, the "French" basic fabric was restored in the area of property and civil rights, thus supplanting the common law basic fabric in that area only. In 1866, the "French" basic fabric in the area of property and civil rights was largely codified; the common law basic fabric remained for the rest of the law.

gine législative doit soit s'incorporer implicitement à la structure des droits établie par le Code, soit y déroger explicitement.

... Les prémisses sont qu'il n'existe aucune autre source de règles de nature législative de rang égal, et qu'aucun des principes fondamentaux du droit civil n'est exprimé dans des sources législatives externes. C'est en ce sens théorique plutôt qu'empirique qu'un Code peut prétendre constituer pour le droit civil une trame fondamentale dépourvue de toute brèche.

Compte tenu des caractéristiques et des ambitions mentionnées précédemment, on peut s'attendre qu'un code sera rédigé dans un style différent de celui des autres textes législatifs, tels les lois et les règlements . . .

... En fait, cependant, le Code a en grande partie un caractère habilitant, tout comme les règles non codifiées dans les régimes de common law, dont il est l'équivalent sous forme de loi écrite.

En jouant ce rôle fondamental, le Code sert, à l'instar des règles de common law non adoptées par le législateur dans la tradition de common law, de toile de fond et de cadre organique pour l'interprétation du droit. [Italiques et soulignement ajoutés.]

Pour faciliter la compréhension des similitudes et des différences entre les deux toiles de fond, je dois tout d'abord me reporter à la fin du régime français. À cette époque, la toile de fond «française» de l'ensemble du droit était composée, d'une part, de la coutume de Paris, sur laquelle venaient se superposer les arrêts du Conseil souverain de la Nouvelle-France, et d'autre part, du droit romain et du droit canonique supplétifs. En 1760, à la conquête, toute cette toile de fond a été annihilée puis remplacée par la common law dans tous les domaines du droit. La common law est donc devenue la toile de fond pour l'ensemble du droit au Québec. En 1774, la toile de fond «française» a été rétablie dans le domaine de la propriété et des droits civils, supplantant ainsi la toile de fond de common law dans ce domaine seulement. En 1866, la toile de fond «française» dans le domaine de la propriété et des droits civils a été en grande partie codifiée; pour le reste, la toile de fond de la common law demeurait.

88

There are therefore two basic fabrics in Quebec. In the area of property and civil rights, there is the "French" basic fabric, which is made up of the *Civil Code*, the *Code of Civil Procedure* and the old law in its supplementary role. In all other areas, the common law is the basic fabric. Statute law is superimposed on these two basic fabrics. The *Charter* appeared in 1975. It interacts with the two basic fabrics in terms of both legal preeminence and the methodology of legal analysis.

89

With regard to legal preeminence, it is clear that the *Charter* prevails over statute law because of its quasi-constitutional status: see *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150. I myself have noted that quasi-constitutional legislation has "preeminence over ordinary legislation": *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at p. 1154. As P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 311, notes about the interpretative function of such preeminence:

Although not formally incorporated in the Constitution,²⁶⁶ Parliament has nevertheless endowed certain statutes with a predominance over other legislation. Among them, in federal law, is the *Canadian Bill of Rights* . . . and in Quebec law, the *Charter of Human Rights and Freedoms* . . .

²⁶⁶ Even in the absence of a provision establishing its preponderance, a charter of rights prevails over other statutes. . . .

90

That being said, does the *Charter* also have the same preeminence over the two basic fabrics of Quebec law? In the area of property and civil rights, the *Civil Code*, despite its sociopolitical status as a "social constitution", is nevertheless a statute enacted by the provincial legislature. In my view, the *Charter* therefore prevails over the *Civil Code*. The *Charter* thus becomes the basic fabric as far as the *Civil Code* is concerned, because it takes precedence over all statute law. As noted in *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, *supra*, at p. 116:

On a donc deux toiles de fond au Québec. Dans le domaine de la propriété et des droits civils, la toile de fond «française», composée du *Code civil*, du *Code de procédure civile*, et de l'ancien droit dans son rôle supplétif. Dans tous les autres domaines, on a la toile de fond de la common law. Sur ces deux toiles de fond vient se superposer le droit statutaire. Apparaît, en 1975, la *Charte*. La *Charte* a, par rapport aux deux toiles de fond, des interrelations au plan de la préséance juridique et au plan de la méthodologie d'analyse juridique.

En ce qui concerne la préséance juridique, il est clair que la *Charte*, en vertu de son statut quasi constitutionnel, prime sur le droit statutaire: voir *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150. J'ai moi-même souligné que les lois quasi constitutionnelles ont «préséance sur les lois ordinaires»: *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la p. 1154. Comme le note P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 351, en ce qui concerne la fonction interprétative de cette préséance:

Certains textes législatifs, bien que ne faisant pas partie de la Constitution au sens formel, n'en ont pas moins été placés, par le législateur ou par le juge²⁶⁶, au-dessus de l'ensemble des autres textes législatifs. Parmi ceux-ci, il faut signaler, en droit fédéral, la *Déclaration canadienne des droits* [. . .] et, en droit québécois, la *Charte des droits et libertés de la personne* . . .

²⁶⁶ Même en l'absence d'une disposition qui établit sa prééminence, une charte des droits prévaut sur les autres lois . . .

Cela dit, la *Charte* a-t-elle aussi la même préséance sur les deux toiles de fond du droit québécois? Dans le domaine de la propriété et des droits civils, le *Code civil*, malgré son statut socio-politique de «constitution sociale», demeure tout de même une loi adoptée par la législature provinciale. Par conséquent, à mon avis, la *Charte* a préséance sur le *Code civil*. C'est donc la *Charte* qui devient la toile de fond par rapport au *Code civil*, parce qu'elle a préséance sur tout le droit de source législative. Comme on le souligne dans *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, *op. cit.*, à la p. 116:

Within the inventory of legislative sources of law, the Code occupies a unique place. As an enactment of a legislature, its normative status is inferior to that of the constitution, and to quasi-constitutional documents. But in contrast, as a Code expressing the general law, it is sometimes said to be presumptively superior to all other forms of legislation and, a fortiori, to delegated legislation. In theory, therefore, the Code can be seen as something more than an ordinary enactment, and it is significant at least symbolically that it has never been reproduced in the Revised Statutes of Quebec. [Emphasis added.]

With regard to the constitutional aspects of this specific structure that our legal system has, see H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (2nd ed. 1990), at pp. 9-37.

Therefore, in terms of the methodology of analysis applicable in the area of property and civil rights, legal analysis normally proceeds on the basis of the following hierarchy, and in the following order: the *Charter* is looked at first, since it is the basic fabric of statute law, and consideration is then given successively to the civil law — that is, the *Civil Code*, the *Code of Civil Procedure* and the old law — statute law, academic commentary and finally court decisions.

However, the case at bar does not fall within the area of property and civil rights: it falls under administrative law, a part of public law, where the common law and the common law methodology apply. Are legal preeminence and the methodology of legal analysis the same when the common law is applicable?

First of all, it is clear that the *Charter* has the same legal preeminence over the common law: any common law rule can be codified, replaced or repealed by statute law and, *a fortiori*, by a quasi-constitutional statute.

However, what methodology of legal analysis must be used with respect to the *Charter's* interaction with the common law basic fabric? To answer this question, it is necessary to examine how the

[TRADUCTION] Le Code occupe une place unique au sein des diverses sources législatives du droit. En tant que texte édicté par le législateur, son rang normatif est inférieur à celui de la constitution et aux documents quasi constitutionnels. À l'inverse, toutefois, en tant que code exprimant le droit général, on affirme parfois qu'il est supérieur, par présomption, à toutes les autres formes de lois et, à fortiori, à la législation subordonnée. En théorie, donc, le Code peut être considéré comme quelque chose de plus qu'un texte de loi ordinaire, et il est significatif, à tout le moins sur le plan symbolique, qu'il n'ait jamais été reproduit dans les Lois refondues du Québec. [Je souligne.]

Au sujet des aspects constitutionnels que présente cette économie particulière de notre système juridique, voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (2^e éd. 1990), aux pp. 9 à 37. 91

En conséquence, au plan de la méthodologie d'analyse, si l'on se trouve dans le domaine de la propriété et des droits civils, l'analyse juridique procède normalement selon cette hiérarchie et dans cet ordre: on examine tout d'abord la *Charte*, toile de fond du droit législatif, pour ensuite considérer successivement le droit civil — c'est-à-dire le *Code civil*, le *Code de procédure civile* et l'ancien droit — puis, le droit statutaire, la doctrine et enfin la jurisprudence. 92

Or, en l'espèce, nous ne sommes pas dans le domaine de la propriété et des droits civils: nous sommes en droit administratif, partie du droit public, où la common law et la méthodologie de common law s'appliquent. La préséance juridique et la méthodologie d'analyse juridique sont-elles les mêmes lorsque l'on se trouve dans le domaine de la common law? 93

Tout d'abord, il apparaît clairement que la *Charte* a la même préséance juridique sur la common law: toute règle de common law peut être codifiée, remplacée ou abrogée par du droit statutaire et, à fortiori, par une loi quasi constitutionnelle. 94

Mais quelle méthodologie d'analyse juridique doit-on utiliser en ce qui concerne les interrelations de la *Charte* avec la toile de fond de common law? Pour répondre à cette question, il faut examiner 95

interaction between the common law and statute law is treated. As the common law sees it, statute law, even when it has quasi-constitutional status, is still law enacted by a legislature. In the common law, the analysis of the interaction between the basic fabric and statute law must begin with the following presumptions:

The common law has its foundations in those general and immutable principles of justice which should regulate the intercourse of men with men, wherever they may reside. The statute law emanates from the wisdom of the legislature of the day, varies with varying circumstances, and consists of enactments which may be beneficial at one time and injurious at another . . . [Uniacke v. Dickson (1848), 1 N.S.R. 287, at p. 290, per Halliburton C.J.]

The word 'common' . . . means 'general', and the contrast to common law is special law. Common law is in the first place unenacted law; thus it is distinguished from statutes and ordinances. . . . Common law is in theory traditional law — that which has always been law and still is law, in so far as it has not been overridden by statute or ordinance. [F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908), at pp. 22-23.]

The starting point, therefore, is an assumption . . . that the common law of England is a comprehensive body of rules by reference to which every conceivable problem can be determined. Only a small portion of that body of rules has at any particular time been "found" and set forth in judicial decisions for our guidance. The rest remains to be found and applied from time to time as circumstances require. It follows that, in theory at least, the common law never changes. When a rule of the common law is found and enunciated for the first time, that is not a new law. It has always been the law but is now found for the first time. . . .

. . . However it is the theory of our system of law that the ultimate court of appeal is finding and expounding the true rule of the common law as it has always been. [W. R. Jackett, "Foundations of Canadian Law in History and Theory", in O. E. Lang, ed., *Contemporary Problems of Public Law in Canada* (1968), 3, at p. 28.]

Except in so far as they are clearly and unambiguously intended to do so, statutes should not be construed so as to make any alteration in the common law or to change

comment sont traitées les interrelations entre la common law et le droit statutaire. Aux yeux de la common law, le droit statutaire, même de statut quasi constitutionnel, demeure du droit adopté par la législature. Or, en common law, l'analyse des interrelations entre la toile de fond et le droit statutaire doit commencer par les présomptions suivantes:

[TRADUCTION] La common law est fondée sur les principes de justice généraux et immuables qui doivent régir les rapports entre les humains, où qu'ils résident. Le droit d'origine législative est le fruit de la sagesse du législateur, il évolue en fonction des circonstances et il est constitué de textes qui peuvent être bénéfiques à un moment et préjudiciables à un autre . . . [Uniacke c. Dickson (1848), 1 N.S.R. 287, à la p. 290, le juge en chef Halliburton.]

Le mot anglais «common» [. . .] s'entend au sens de «général», et l'opposé de common law est (droit particulier). La common law est d'abord du droit d'origine non législative et se distingue ainsi des lois et ordonnances. [. . .] La common law est en théorie le droit traditionnel — celui qui a toujours existé et existe encore, dans la mesure où elle n'a pas été écartée par une loi ou une ordonnance. [F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908), aux pp. 22 et 23.]

Le point de départ est donc la prémisse [. . .] que la common law d'Angleterre est un ensemble exhaustif de règles permettant de résoudre tout problème imaginable. Seule une petite partie de cet ensemble de règles a, à tout moment donné, été «découverte» et énoncée dans des décisions judiciaires pour notre gouverne. Les autres doivent être découvertes et appliquées quand les circonstances l'exigent. Il s'ensuit que, en théorie du moins, la common law ne change jamais. Lorsqu'une règle de common law est découverte et énoncée pour la première fois, il ne s'agit pas d'une règle de droit nouvelle. Elle a toujours fait partie du droit, mais elle vient seulement d'être découverte . . .

. . . Cependant, dans notre régime juridique, le principe est que c'est la juridiction d'appel de dernier ressort qui découvre et formule la véritable règle de common law, telle qu'elle a toujours existé. [W. R. Jackett, «Foundations of Canadian Law in History and Theory», dans O. E. Lang, dir., *Contemporary Problems of Public Law in Canada* (1968), 3, à la p. 28.]

Sauf dans la mesure où il est clair et non ambigu qu'elles ont été conçues à cette fin, les lois n'ont pas pour effet de modifier la common law ou quelque prin-

any established principle of law. . . . [*Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1961), vol. 36, at p. 412, at para. 625.]

. . . Acts should not be taken to limit common law rights, or otherwise alter the common law, unless they do so clearly and unambiguously. . . . [*Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1995), vol. 44(1), at p. 876, at para. 1438.]

A new statutory remedy never takes away the old [common law remedy] unless the new is given in substitution of the old or henceforth prohibits either expressly or by necessary implication those concerned from resorting to the old mode of relief.

. . . .

. . . where, in any particular case, it appears that the [statutory] rules . . . are left to implication then it is a question to be determined upon an examination of the statute as a whole how far the rights of the parties are to be governed by the rules of law which, apart from the statute, are applicable . . . [*Smith v. National Trust Co.* (1912), 45 S.C.R. 618, at pp. 624 (Idington J.) and 641 (Duff J.).] [Italics and underlining added.]

A good example of the application of these presumptions in a legal analysis of administrative law can be found in *Zaidan Group Ltd. v. London (City)* (1990), 71 O.R. (2d) 65 (C.A.). In that case, the appellant was claiming interest on a municipal tax refund pursuant to the common law principle of unjust enrichment. Carthy J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, began by analysing and setting out the law applicable to the case from the perspective of the common law. He then analysed the interaction between the common law and statute law, specifically the *Municipal Interest and Discount Rates Act*, S.O. 1982, c. 44. He made the following methodological comment at p. 69:

The common thread of unfairness recognized by the common law breaks when a legislative body acts within its jurisdiction and stipulates, as here, that the municipality shall levy assessed amounts. . . . The statute could equally have said that a taxpayer must pay the assessed amounts without any recourse by way of complaint. The unfairness of such a statute would be universally

cipe de droit établi . . . [*Halsbury's Laws of England* (3^e éd. 1961), vol. 36, p. 412, au par. 625.]

. . . les lois ne devraient pas être considérées comme ayant pour effet de limiter les droits reconnus par la common law, ou de modifier de quelque autre façon la common law, à moins qu'elles ne le fassent de façon claire et non ambiguë . . . [*Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1995), vol. 44(1), p. 876, au par. 1438.]

Un nouveau recours établi par la loi n'écarte jamais l'ancien [recours de common law], sauf si le premier est substitué à l'ancien ou s'il interdit désormais aux intéressés, soit expressément soit par implication nécessaire, d'utiliser l'ancien.

. . . .

. . . lorsque, dans un cas donné, il appert qu'il faut déduire par implication quelles sont les règles [législatives] applicables [. . .] alors la question de savoir dans quelle mesure les droits des parties doivent être régis par les règles de droit qui, outre la loi, sont applicables, est une question qu'il faut trancher après examen de l'ensemble de la loi . . . [*Smith c. National Trust Co.* (1912), 45 R.C.S. 618, aux pp. 624 (le juge Idington) et 641 (le juge Duff).] [Italiques et soulignement ajoutés.]

Un bon exemple de l'application de ces présomptions dans une analyse juridique de droit administratif se trouve dans l'arrêt *Zaidan Group Ltd. c. London (City)* (1990), 71 O.R. (2d) 65 (C.A.). Dans cette affaire, l'appelante réclamait de l'intérêt sur un remboursement de taxes municipales, en vertu du principe de common law de l'enrichissement injuste. Le juge Carthy, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a tout d'abord commencé par analyser et énoncer quel était, sous l'angle de la common law, le droit applicable en l'espèce. Puis, il a analysé les interrelations entre la common law et le droit statutaire, en l'occurrence, la *Municipal Interest and Discount Rates Act*, S.O. 1982, ch. 44. Il a énoncé le commentaire méthodologique suivant à la p. 69:

[TRADUCTION] Le fil commun de l'iniquité reconnu par la common law est rompu lorsque l'organe législatif agit à l'intérieur des limites de sa compétence et édicte, comme en l'espèce, que la municipalité doit percevoir les sommes fixées [. . .] La loi aurait pu également dire qu'un contribuable doit payer les sommes fixées sans disposer de recours lui permettant de se plaindre.

denounced but, if it were constitutionally competent to the legislature, the common law would have nothing to say on the subject. There is no question of a gap being left in the legislation for the common law to fill. . . .

Austin J., relying upon this court's decision in *Windsor Roman Catholic Separate School Board v. Windsor (City)* (1988), 64 O.R. (2d) 241 [C.A.] . . . characterized the relevant statutory provisions as a complete statutory code which excludes the common law. I am saying much the same thing but putting it in terms of the ambit of the principle of unjust enrichment. . . . [Emphasis added.]

97

Zaidan Group thus supports the following methodological proposition. To determine what interaction there is between the common law and statute law, it is necessary to begin by analysing, identifying and setting out the applicable common law, after which the statute law's effect on the common law must be specified by determining what common law rule the statute law codifies, replaces or repeals, whether the statute law leaves gaps that the common law must fill and whether the statute law is a complete code that excludes or supplants all of the common law in the specific area of law involved. That judgment was unanimously affirmed by this Court: *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593. See also *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, in which La Forest J., writing for the majority, used exactly the same methodology in considering the interaction between the common law and statute law in Ontario family law.

98

Does the applicability of that methodology differ in cases involving quasi-constitutional statute law? In my view, it does not: precisely the same methodology must be used. In this regard, I refer to *Bhadauria v. Seneca College of Applied Arts and Technology* (1979), 27 O.R. (2d) 142, in which the Ontario Court of Appeal used this method to resolve the legal issue involved. In that case, the Ontario Court of Appeal recognized a new common law tort, the tort of discrimination, on the basis, *inter alia*, of the public policy expressed in the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318. Before considering the *Ontario Human Rights Code*, the court analysed, identified and set out the

L'iniquité d'une telle loi serait universellement dénoncée mais, si elle relevait de la compétence constitutionnelle du législateur, la common law n'y pourrait rien. Il n'est pas question de l'existence d'une lacune dans la loi qui serait comblée par la common law . . .

Se fondant sur l'arrêt de notre cour *Windsor Roman Catholic Separate School Board c. Windsor (City)* (1988), 64 O.R. (2d) 241 [C.A.] [. . .] le juge Austin a dit des dispositions pertinentes de la loi qu'elles constituaient un code législatif complet qui écartait la common law. Je dis essentiellement la même chose, mais en le formulant en fonction de la portée du principe de l'enrichissement sans cause . . . [Je souligne.]

L'arrêt *Zaidan Group* soutient donc la proposition méthodologique suivante. Afin de déterminer les interrelations entre la common law et le droit statutaire, on doit premièrement analyser, identifier et énoncer la common law applicable; ensuite, on doit préciser l'effet du droit statutaire sur la common law: Quelle règle de common law le droit statutaire codifie-t-il, remplace-t-il ou abroge-t-il? Le droit statutaire laisse-t-il des vides que la common law devra remplir? Le droit statutaire constitue-t-il un code complet qui exclut ou supprime toute la common law dans le domaine particulier du droit? Cet arrêt a été confirmé par notre cour dans un jugement unanime: *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593. Voir aussi l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, où le juge La Forest, au nom de la majorité, avait utilisé exactement la même méthodologie dans le contexte des interrelations entre la common law et le droit statutaire en droit de la famille ontarien.

Y a-t-il une différence en ce qui concerne l'applicabilité de cette méthodologie dans des cas de droit statutaire quasi constitutionnel? À mon avis, non: on doit utiliser exactement la même méthodologie. Je me réfère à cet effet à l'arrêt *Bhadauria c. Seneca College of Applied Arts and Technology* (1979), 27 O.R. (2d) 142, où la Cour d'appel de l'Ontario a résolu la question juridique en ayant recours à cette méthode. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario avait reconnu un nouveau délit civil de common law: le délit de discrimination, en s'appuyant notamment sur la politique générale du *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318. Avant de se pencher sur l'*Ontario*

common law in light of the facts of the case. After resolving the issue from the perspective of the common law, the court then examined what interaction there might be between the common law and the quasi-constitutional statute law. The court concluded as follows, at p. 150:

... it is appropriate that these rights receive the full protection of the common law. . . . [T]he common law must, on the principle of *Ashby v. White et al.*, *supra*, afford her a remedy.

I do not regard the Code as in any way impeding the appropriate development of the common law in this important area. . . . Nor does the Code, in my view, contain any expression of legislative intention to exclude the common law remedy. [Emphasis added.]

This Court reversed the Ontario Court of Appeal's decision on the ground that the *Ontario Human Rights Code* is a complete code that excludes the common law: *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, in which Laskin C.J., writing for the Court, stated the following at pp. 194-95:

The view taken by the Ontario Court of Appeal is a bold one and may be commended as an attempt to advance the common law. In my opinion, however, this is foreclosed by the legislative initiative which overtook the existing common law in Ontario and established a different regime which does not exclude the courts but rather makes them part of the enforcement machinery under the Code.

For the foregoing reasons, I would hold that not only does the Code foreclose any civil action based directly upon a breach thereof but it also excludes any common law action based on an invocation of the public policy expressed in the Code. [Emphasis added.]

This Court reversed the Ontario Court of Appeal's position on the ground that the quasi-constitutional statute law in question was a complete code. However, the following proposition necessarily underlies the *ratio decidendi* of *Bhadauria* as far as methodology is concerned: to

Human Rights Code, la cour a analysé, identifié et énoncé la common law en regard des faits de l'espèce. Après avoir résolu la question sous l'angle de la common law, la cour a ensuite examiné les interrelations qui étaient susceptibles d'exister entre la common law et le droit statutaire quasi constitutionnel. La cour concluait comme suit à la p. 150:

[TRADUCTION] . . . il convient alors que ces droits reçoivent la pleine protection de la common law. [. . .] [L]a common law doit, suivant le principe établi dans l'arrêt *Ashby v. White et al.*, précité, lui fournir un recours.

Je ne suis pas d'avis que le Code entrave de quelque manière l'évolution souhaitable de la common law dans ce domaine important. [. . .] Et le Code ne contient, à mon avis, aucune expression d'une intention de la part du législateur d'exclure le recours fondé sur la common law. [Je souligne.]

Notre Cour a infirmé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario au motif que l'*Ontario Human Rights Code* constituait un code complet qui exclut la common law: *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, où le juge en chef Laskin, au nom de la Cour, s'exprimait comme suit aux pp. 194 et 195:

Le point de vue adopté par la Cour d'appel de l'Ontario témoigne d'audace et peut être loué comme tentative de faire avancer la *common law*. Je suis toutefois d'avis que cela est rendu impossible par l'initiative du législateur qui, allant plus loin que la *common law* telle qu'elle existe en Ontario, a établi un régime qui, loin d'exclure les cours, les intègre dans un mécanisme d'application prévu par le Code.

Pour ces motifs, je conclus que non seulement le Code empêche toute action civile fondée directement sur une violation de ses dispositions, mais qu'il exclut aussi toute action qui découle de la *common law* et est fondée sur l'invocation de la politique générale énoncée dans le Code. [Je souligne.]

Notre Cour a renversé la position de la Cour d'appel de l'Ontario en se fondant sur la caractérisation selon laquelle le droit statutaire quasi constitutionnel en question constituait un code complet. Cependant, la *ratio decidendi* de l'arrêt *Bhadauria*, au plan méthodologique, est nécessairement sous-

determine what interaction there is between the common law and the quasi-constitutional statute law, it is necessary to begin by analysing, identifying and setting out the applicable common law; the effect of the quasi-constitutional statute law on the common law must then be specified. The same distinction and reasoning underlie *Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights Commission* (1990), 69 D.L.R. (4th) 321 (Ont. C.A.) (see pp. 344-45, per Tarnopolsky J.A.).

tendue par la proposition suivante: afin de déterminer les interrelations entre la common law et le droit statutaire quasi constitutionnel, on doit premièrement analyser, identifier et énoncer la common law applicable; ensuite, on doit préciser l'effet du droit statutaire quasi constitutionnel sur la common law. La même distinction et le même raisonnement sous-tendent l'arrêt *Canada Trust Co. c. Ontario Human Rights Commission* (1990), 69 D.L.R. (4th) 321 (C.A. Ont.). (Voir aux pp. 344 et 345, le juge Tarnopolsky.)

101 In short, the methodology can be summarized as follows. In both Quebec and Canadian administrative law, the common law applies and the common law methodology must be used rather than a methodology based on the civil law. The analysis must proceed as follows: (1) identify the common law rules applicable to the particular case, that is, (1a) the common law already enunciated by the courts and (1b) any common law not yet enunciated, if necessary; and (2) determine the effect that the provisions of the quasi-constitutional statute under consideration have on the applicable common law rules, that is, (2a) whether the provisions apply to the particular case and, if so, (2b) whether the provisions have the effect of (i) codifying, (ii) replacing or (iii) repealing the common law, and (2c) whether the provisions are a complete code that excludes or supplants the common law in a specific area of law.

En somme, la méthodologie se résume comme suit. En droit administratif tant québécois que canadien, la common law s'applique et l'on doit utiliser la méthodologie de common law, plutôt qu'une méthodologie d'inspiration civiliste. L'analyse doit se faire comme suit: (1) identifier le régime de common law applicable au cas d'espèce, c'est-à-dire (1a) la common law déjà déclarée dans la jurisprudence et (1b) la common law non encore déclarée, si nécessaire le cas échéant; (2) déterminer l'effet qu'ont les dispositions de la législation quasi constitutionnelle sous étude sur le régime de common law applicable, c'est-à-dire: (2a) Les dispositions s'appliquent-elles au cas d'espèce? Dans l'affirmative, (2b) s'agit-il de dispositions qui ont pour effet (i) de codifier, (ii) de remplacer ou (iii) d'abroger la common law? (2c) Les dispositions constituent-elles un code complet qui a pour effet d'exclure ou de supplanter la common law dans un domaine de droit particulier?

102 This is what I intend to do. I will begin by considering this appeal from the perspective of the common law and I will then examine the *Charter* issues.

C'est ce que je me propose de faire en traitant, dans un premier temps, le présent pourvoi sous l'angle de la common law. Ensuite, dans un deuxième temps, j'examinerai les questions relatives à la *Charte*.

103 From this point of view, it must be asked whether the Régie's acts are subject to judicial review. The answer to this question depends to some extent on how the acts in question are classified. If they are reviewable, what duties does the Régie have toward the respondent? Were those duties breached? If so, what courses of action should be open to the respondent and what type of remedies should be granted?

Dans cette optique, il y a lieu de se demander si les actes de la Régie sont susceptibles de révision judiciaire. La réponse à cette question dépend, dans une certaine mesure, de la classification des actes en question. Dans l'affirmative, quelles sont les obligations de la Régie envers l'intimée? Y a-t-il eu violation de ces obligations? Dans l'affirmative, quels types de recours devraient être disponibles et quelles mesures réparatrices devraient être accordées?

Before directly addressing the issue of how to classify the Régie's acts in the case at bar, and in order to make that issue easier to resolve, the concepts of impartiality and independence in general, and as they must be viewed in the instant case, should be clarified.

(3) Distinctions Between Independence and Impartiality

The independence of a quasi-judicial tribunal from the executive branch of government does not in itself guarantee that the tribunal will be impartial. It is conceivable that a tribunal might be relatively independent and yet biased for various reasons. In such a hypothetical situation, the relevant issue would be not the relative degree of independence, but the issue of bias itself. In *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139, this Court distinguished the concepts of impartiality and independence:

... 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.

However ... judicial independence may not be sufficient. Judicial independence is only one component of judicial impartiality. ... [Emphasis added.]

Independence is a necessary, but not sufficient, prerequisite for impartiality. This statement recalls a passage from *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at p. 827 (cited in *Lippé*, *supra*, at p. 139):

As this Court stated in *MacKeigan* ... judicial independence is an underlying condition which contributes to the guarantee of an impartial hearing ... [Emphasis in original.]

Thus, from an analytical point of view, the concept of judicial independence is subordinate to the

104
Avant d'aborder de front le problème de la classification des actes de la Régie en l'espèce, et afin de faciliter le traitement de ce problème, il est opportun de clarifier les notions d'impartialité et d'indépendance en général et telles qu'elles doivent se concevoir dans la présente affaire.

(3) Distinctions entre l'indépendance et l'impartialité

105
L'indépendance d'un tribunal quasi judiciaire par rapport à la fonction exécutive du gouvernement n'est pas en elle-même une garantie de l'impartialité de ce tribunal. En effet, il serait concevable qu'un tribunal soit relativement indépendant, mais néanmoins partial pour diverses raisons. Dans un tel cas hypothétique, ce ne serait pas le degré relatif d'indépendance qui serait la question d'intérêt, mais bien la question de la partialité elle-même. Dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 139, notre Cour a effectivement distingué les deux notions d'impartialité et d'indépendance:

... 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.

Cependant, [...] il peut arriver que l'indépendance judiciaire ne soit pas suffisante. L'indépendance judiciaire n'est qu'un élément de l'impartialité judiciaire ... [Je souligne.]

106
L'indépendance est une condition préalable nécessaire, mais non suffisante, pour garantir l'impartialité. Cette formulation reprend un extrait de l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, à la p. 827 (cité dans *Lippé*, précité, à la p. 139):

Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *MacKeigan* [...], l'indépendance judiciaire est une condition fondamentale qui contribue à la garantie d'un procès dénué de partialité ... [Souligné dans l'original.]

107
Donc, au point de vue analytique, l'indépendance judiciaire est une notion subordonnée à la

concept of impartiality. Independence is not an end in itself; it is merely one characteristic of our judicial system that seeks to achieve another purpose: impartiality.

notion d'impartialité. L'indépendance n'est pas une fin en soi; elle n'est qu'une caractéristique de notre système judiciaire qui tend vers une finalité autre: celle de l'impartialité.

108 In practice, no administrative tribunal can be completely independent of the executive. The courts themselves are not perfectly independent. As my colleague McLachlin J. noted in *MacKeigan*: "It is impossible to conceive of a judiciary devoid of any relationship to the legislative and executive branches of government" (p. 827). The independence of tribunals is therefore relative and varies with their decision-making level. According to Brun and Tremblay, *supra*, at p. 937:

L'indépendance totale d'un tribunal administratif par rapport à l'exécutif n'est pas, en pratique, atteignable. Les tribunaux judiciaires eux-mêmes ne sont pas parfaitement indépendants. Comme l'indique ma collègue le juge McLachlin dans l'arrêt *MacKeigan*: «Il est impossible de concevoir un pouvoir judiciaire dénué de tout rapport avec les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement» (p. 827). Les tribunaux sont donc dans un état d'indépendance relative, qui varie en fonction de leur niveau décisionnel. Selon les auteurs Brun et Tremblay, *op. cit.*, à la p. 937:

[TRANSLATION] The requirement of independence under s. 23 is stricter for the courts than for administrative tribunals.

L'indépendance de l'article 23 est plus exigeante pour les tribunaux judiciaires que pour les tribunaux administratifs.

109 This proposition, while true for certain aspects of independence, must be qualified. Variability in the degree of independence results from the nature of tribunals, which need a certain flexibility because of institutional constraints. However, depending on their decision-making level, it might be argued that the requirement of independence should in some respects be stricter for administrative tribunals than for the courts, in so far as their decisions are final and not subject to appeal. Since even the courts do not have complete independence and since the independence of administrative tribunals is variable, independence is an adaptable concept that can be viewed as a continuum. When the issue of independence is raised in a judicial review context, the courts must assess the necessary degree of independence in each case based on the nature of the administrative tribunal, the institutional constraints it faces and the peremptory nature of its decisions.

Cette proposition, quoique juste en ce qui concerne certains aspects de l'indépendance, doit être nuancée. La variabilité dans le degré d'indépendance est tributaire de la nature des tribunaux, qui exigent une certaine flexibilité en raison de contraintes institutionnelles. Mais tout dépendant de leur niveau décisionnel, on pourrait prétendre que l'indépendance des tribunaux administratifs devrait être, à certains égards, plus exigeante que celle des tribunaux judiciaires, dans la mesure où leurs décisions respectives sont finales et sans appel. Or, puisque l'indépendance n'est pas totale même dans le cas des tribunaux judiciaires, et que celle-ci est variable lorsqu'il s'agit de tribunaux administratifs, l'indépendance constitue donc une notion modulable qui est concevable sous la forme d'un continuum. Lorsque la question de l'indépendance est soulevée dans un contexte de révision judiciaire, il revient aux tribunaux judiciaires d'évaluer dans chaque cas le degré d'indépendance requis en fonction de la nature du tribunal administratif, des contraintes institutionnelles auxquelles celui-ci est soumis, et du caractère péremptoire des décisions qui en émanent.

110 While independence can be seen as a continuum, the same is not, in my view, true of impar-

Alors que l'indépendance peut être conçue sous la forme d'un continuum, à mon avis il n'en va pas

ality. The concept of impartiality should be seen as a dichotomy involving two states: that of bias and that of impartiality. The only choice in such a dichotomy is between bias and impartiality, meaning that there is no intermediate option and thus no continuum. In the trial decision that gave rise to this appeal, [1993] R.J.Q. 1877, Vaillancourt J. referred a number of times to the principle that impartiality should be viewed in this manner (at pp. 1897, 1900 and 1904):

[TRANSLATION] There is no compromising when it comes to impartiality, which cannot be “adjusted” or “decreased”. A decision maker, whether it is a court or a quasi-judicial tribunal, cannot be permitted to be “almost” impartial.

These agencies have certainly become indispensable to the efficient operation of our government, as they have in most modern democracies, but is that a sufficient reason to permit their decisions not to be impartial? I do not think so, first and foremost because impartiality must, I repeat, be beyond reproach and also because everyone has a fundamental right to justice of that quality.

I have also expressed my view of impartiality and independence in light of the cases cited above. While the former cannot be diminished, lesser degrees of the latter can exist, depending on the circumstances. [Emphasis added.]

I agree, and none of the three Court of Appeal judges really questioned the idea that there is a dichotomy between bias and impartiality — rightly so, since the argument that a tribunal can be “more or less impartial” or “just a little biased” seems rather difficult to justify. The argument that “the tribunal either is or is not impartial” seems to be much stronger.

de même de l'impartialité. La notion d'impartialité devrait être vue comme une dichotomie impliquant deux états: l'état de partialité et l'état d'impartialité. Une telle dichotomie ne peut impliquer qu'un choix entre la partialité et la non-partialité, de telle sorte qu'il n'y a pas de choix intermédiaire et, donc, pas de continuum. Dans son jugement de première instance qui a donné lieu au présent pourvoi, [1993] R.J.Q. 1877, le juge Vaillancourt a insisté à plusieurs reprises sur le principe selon lequel l'impartialité devrait être vue de cette façon (aux pp. 1897, 1900 et 1904):

On ne transige pas avec l'impartialité, qui ne saurait être «modulée» ou «à la baisse». D'un décideur, qu'il s'agisse d'un tribunal judiciaire ou quasi judiciaire, on ne saurait accepter qu'il soit «presque» impartial.

Ces organismes sont certes devenus indispensables au bon fonctionnement de notre gouvernement comme à celui de la plupart des démocraties modernes, mais est-ce là une raison suffisante pour accepter que leurs décisions ne soient pas impartiales? Nous ne le croyons pas, d'abord et avant tout parce que l'impartialité, nous le répétons, ne saurait être qu'irréprochable, et ensuite parce que toute personne possède un droit fondamental à une justice d'une telle qualité.

Nous avons également dit ce que nous pensions, à la lumière des arrêts cités précédemment, de l'impartialité et de l'indépendance. Si la première ne peut être amoindrie, la deuxième, par contre, peut exister, selon le cas, à des degrés moindres. [Je souligne.]

Je suis d'accord et aucun des trois juges de la Cour d'appel n'a d'ailleurs véritablement remis en question cette notion de dichotomie entre la partialité et l'impartialité. C'est à bon droit, puisque l'argument selon lequel un tribunal pourrait être «plus ou moins impartial», ou encore «seulement un peu partial» semble passablement difficile à justifier. L'argument selon lequel «ou le tribunal est impartial, ou il ne l'est pas» semble s'imposer avec beaucoup plus de force.

(4) Distinctions Between Bias and Reasonable Apprehension of Bias

112 In my view, the distinction between bias and reasonable apprehension of bias must be clarified at this point. While bias is an indivisible concept, reasonable apprehension of bias must be seen as varying with the tribunal in question and all the relevant circumstances.

113 I am generally in agreement with my colleague Gonthier J.'s analysis of the concept of reasonable apprehension of bias in this appeal. However, I think it appropriate to add something to that analysis.

114 As noted by my colleague, it is true that in the context of a criminal trial, the smallest detail capable of casting doubt on the judge's impartiality will be cause for alarm, whereas greater flexibility must be shown toward administrative tribunals. However, such flexibility must not be shown in respect of impartiality: the requirement of impartiality cannot be relaxed. Flexibility must rather come into play in the specific content of the test for reasonable apprehension of bias in each individual case.

115 Thus, it is the reasonableness of the apprehension that will vary among administrative tribunals, not their intrinsic impartiality. In other words, a given reason for apprehending bias may be reasonable in a criminal trial but unreasonable in a quasi-judicial hearing. In every case, however, the decision-making body must be perfectly impartial; if it is biased, it will immediately violate the *nemo iudex in propria sua causa debet esse* rule.

B. *Classification of the Régie's Acts*

116 It is well settled in our law that there are four possible categories of government acts: quasi-judicial, administrative, legislative and ministerial: see generally Dussault and Borgeat, *supra*, at pp. 240-56. In a case such as this one, the most relevant

(4) Distinctions entre la partialité et la crainte raisonnable de partialité

Il est à mon avis nécessaire à ce stade de clarifier la distinction entre la partialité, d'une part, et la crainte raisonnable de partialité, d'autre part. Alors que la partialité est une notion indivisible, la crainte raisonnable de partialité doit être vue comme modulable selon le tribunal en cause et en tenant compte de toutes les circonstances appropriées.

Je suis généralement d'accord avec l'analyse de la notion de crainte raisonnable de partialité que fait mon collègue le juge Gonthier dans le présent pourvoi. Je crois cependant opportun d'ajouter des précisions supplémentaires.

Comme le souligne mon collègue, il est vrai que, dans le cadre d'un procès pénal, le moindre détail pouvant mettre en doute l'impartialité du juge alarmera, tandis qu'il y a lieu de faire preuve d'une plus grande souplesse dans le cas des tribunaux administratifs. Mais cette souplesse ne doit pas s'exercer à l'endroit de l'impartialité: l'exigence d'impartialité ne saurait être assouplie. La souplesse doit plutôt entrer en jeu dans le contenu spécifique du critère de la crainte raisonnable de partialité dans chaque cas d'espèce.

Ainsi, c'est le caractère raisonnable de la crainte qui variera en fonction des divers tribunaux administratifs, non pas leur impartialité intrinsèque. Autrement dit, tel motif de crainte de partialité pourra être raisonnable dans le cas d'un procès pénal, mais déraisonnable dans le cas d'une audience quasi judiciaire. Dans tous les cas, cependant, l'organisme décisionnel se doit d'être parfaitement impartial; autrement, s'il est partial, l'organisme enfreint aussitôt la règle *nemo iudex in propria sua causa debet esse*.

B. *Classification des actes de la Régie*

Il est bien établi dans notre droit qu'il y a quatre catégories possibles d'actes de l'administration: les actes quasi judiciaires, administratifs, législatifs et ministériels: voir généralement Dussault et Borgeat, *op. cit.*, aux pp. 304 à 325. Dans un cas

approach is to begin by asking the following question: what is the Régie alleged to have done? The respondent has not alleged either a jurisdictional error or a violation of the *audi alteram partem* rule. The allegations against the Régie all fall under the heads of impartiality and independence, that is, in the general category covered by the *nemo judex in propria sua causa debet esse* rule.

For the purposes of our analysis, the issue of independence is subordinate to that of impartiality. If bias is found, the issue of independence becomes totally moot. The opposite is not true: if a direct finding of bias cannot be made, then an analysis of independence will be necessary. Having made this methodological clarification, I will first consider the classification of the Régie's acts from the viewpoint of impartiality in general.

To what categories of government acts will the *nemo judex* rule be applicable as a matter of law? Ministerial acts by nature involve no discretion. Absent discretion, the *nemo judex* rule cannot apply, since there cannot be any bias. Legislative acts are, by nature and conceptually speaking, totally discretionary and the *nemo judex* rule therefore does not apply to them either.

If the act is ministerial, the decision maker is strictly required to adhere to a certain norm: see generally Dussault and Borgeat, *supra*, at p. 248:

Thus, the norm gives them an indication of the specific way in which decisions must be made. It leaves no possibility for them to exercise judgment, skill or discretion and no freedom to evaluate or to interpret. To use the terms of the Royal Commission of Inquiry into Civil Rights in Ontario, the administrator is then "a mere instrument or automaton, and has no 'authoritative' power to decide whether he will act or what he will do". He or she may even be termed "a slave of the Act or regulation". [Emphasis added.]

If the act is legislative rather than administrative, the body has no duty to act fairly unless the

comme celui-ci, l'approche la plus pertinente est de se poser d'abord la question: que reproche-t-on à la Régie? L'intimée n'a allégué ni erreurs de juridiction, ni violations de la règle *audi alteram partem*. Les reproches adressés à la Régie tombent tous sous les chefs de l'impartialité et de l'indépendance, c'est-à-dire dans la classe générale de la règle *nemo judex in propria sua causa debet esse*.

Pour les fins de notre analyse, la question de l'indépendance est subordonnée à celle de l'impartialité. En effet, si l'on conclut à la partialité, alors la question de l'indépendance devient purement théorique. Il n'en va pas de même du contraire: si l'on ne peut conclure directement à la partialité, alors, dans un deuxième temps, l'analyse de l'indépendance s'imposera. Cette précision d'ordre méthodologique établie, j'examinerai en premier lieu la classification des actes de la Régie du point de vue de l'impartialité en général.

En droit, à quelles catégories d'actes de l'administration la règle *nemo judex* s'appliquera-t-elle? Les actes ministériels, par leur nature même, ne comportent aucune discrétion. Or, en l'absence de discrétion, la règle *nemo judex* ne saurait trouver application puisqu'il ne peut y avoir de partialité. Les actes législatifs, par leur nature même, sont conceptuellement complètement discrétionnaires; la règle *nemo judex* ne s'applique donc pas non plus.

En effet, si l'acte est de nature ministérielle, le décideur se trouve dans l'obligation stricte de s'y conformer: voir généralement Dussault et Borgeat, *op. cit.*, aux pp. 314 et 315:

La norme lui indique alors la manière précise dont il lui faut prendre ses décisions. Elle ne lui laisse aucune possibilité d'exercer son jugement, son habileté ou sa discrétion, aucune liberté d'appréciation ou d'interprétation. Pour employer les termes de la Commission royale d'enquête sur les droits civils en Ontario, l'administrateur est alors [TRADUCTION] «un simple instrument ou automate, et il n'a aucune «autorité» pour décider s'il agira ou ce qu'il fera». On le qualifie même «d'esclave de la loi ou d'un règlement». [Je souligne.]

D'autre part, si l'acte est de nature législative, plutôt qu'administrative, alors l'organisme n'a pas

117

118

119

120

enabling legislation so provides: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735. If the legislative act involves general policy or public convenience rather than an individual or unique concern, the decision in question is "final and not reviewable in legal proceedings": *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684 (C.A.), at p. 700; leave to appeal to this Court refused, [1989] 2 S.C.R. ix.

l'obligation d'agir équitablement à moins que la loi habilitante ne le spécifie: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735. Si l'acte législatif en est un de politique générale ou d'utilité publique, plutôt qu'un acte impliquant une question individuelle ou unique, alors la décision en question est «sans appel et ne peu[t] être examiné[e] par voie de procédures judiciaires»: *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684 (C.A.), à la p. 700; permission d'en appeler à notre Cour refusée, [1989] 2 R.C.S. ix.

121 Every quasi-judicial tribunal has a duty to act in accordance with natural justice: *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140, at p. 154 (per Rinfret C.J.); *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. Likewise, every public body that has the power to decide an issue affecting individual rights or interests — that is, every body that performs administrative acts — has a duty to act fairly: *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602. As noted by Laskin C.J. in *Nicholson*, at p. 324:

Tout tribunal quasi judiciaire est assujéti à l'obligation d'agir conformément à la justice naturelle: *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140, à la p. 154 (le juge en chef Rinfret); *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. De même, tout organisme public qui a le pouvoir de trancher une question qui touche les droits ou intérêts d'une personne — c'est-à-dire tout organisme qui pose des actes administratifs — est assujéti à l'obligation d'agir équitablement: *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602. Comme le précise le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nicholson*, à la p. 324:

I accept, therefore, for present purposes and as a common law principle what Megarry J. accepted in *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373, at p. 1378, "that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness".

J'accepte donc aux fins des présentes et comme un principe de *common law* ce que le juge Megarry a déclaré dans *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373, à la p. 1378: [TRADUCTION] «dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement».

122 It is well known that the principles of natural justice include the *nemo judex* rule: see generally Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 4, at p. 296. The duty of fairness also includes the *nemo judex* rule: *In re H. K. (An Infant)*, [1967] 2 Q.B. 617, at p. 630, Lord Parker C.J.:

Il est bien connu que les principes de justice naturelle comprennent la règle *nemo judex*: voir généralement Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. 3, à la p. 418. Or, l'obligation d'agir équitablement comprend, elle aussi, la règle *nemo judex*: *In re H. K. (An Infant)*, [1967] 2 Q.B. 617, à la p. 630 (le lord juge en chef Parker):

I myself think that even if an immigration officer is not in a judicial or quasi-judicial capacity, he must at any rate give the immigrant an opportunity of satisfying him of the matters in the subsection. . . . That is not, as I see

[TRADUCTION] Pour ma part, j'estime que même si un agent d'immigration n'exerce pas des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, il doit néanmoins donner à l'immigrant la possibilité de le convaincre qu'il satisfait

it, a question of acting or being required to act judicially, but of being required to act fairly. Good administration and an honest or bona fide decision must, as it seems to me, require not merely impartiality, nor merely bringing one's mind to bear on the problem, but acting fairly; and to the limited extent that the circumstances of any particular case allow, and within the legislative framework under which the administrator is working, only to that limited extent do the so-called rules of natural justice apply, which in a case such as this is merely a duty to act fairly. [Emphasis added.]

In *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1985] 1 F.C. 563 (C.A.), at p. 583, leave to appeal to this Court refused, [1985] 1 S.C.R. viii, Marceau J.A. expressed the same opinion:

The law of bias was developed with regard to the exercise of all sorts of judicial or quasi-judicial functions, so that, in the process, it was easily extended from courts to tribunals and to all other bodies called upon to determine questions affecting the civil rights of individuals.

Accordingly, it is clear that the *nemo judex* rule is a mandatory minimum that applies to administrative acts as part of the duty to act fairly, even if that duty does not necessarily include all of the rules of natural justice. In other words, compliance with the *nemo judex* rule is a necessary prerequisite for compliance with the duty to act fairly: it follows that any violation of the *nemo judex* rule necessarily involves a breach of the duty to act fairly.

I noted above that impartiality, that is, the *nemo judex* rule, is a dichotomy: either it applies or it does not apply. In the case at bar, it is agreed that the Régie's acts are neither ministerial nor legislative but rather administrative or quasi-judicial. The *nemo judex* rule applies irrespectively of whether they are classified as administrative or as quasi-judicial. The issue of whether they should be classified as administrative or quasi-judicial is there-

aux exigences du paragraphe [. . .] À mon sens, il ne s'agit pas du fait d'agir de façon judiciaire ou d'être tenu de le faire, mais de l'obligation d'agir équitablement. Il me semble que pour bien administrer et rendre des décisions honnêtement ou de bonne foi, il ne faut pas seulement faire preuve d'impartialité ou se contenter de se concentrer sur le problème, mais agir équitablement; ce n'est que dans la mesure où le permettent les circonstances du dossier, et à l'intérieur du cadre législatif dans lequel travaille l'administrateur, et seulement dans cette mesure, que les règles dites de justice naturelle s'appliquent, et dans un cas comme celui qui nous intéresse, elles se limitent uniquement à l'obligation d'agir équitablement. [Je souligne.]

Dans *Enquête Énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1985] 1 C.F. 563 (C.A.), à la p. 583, permission d'en appeler à notre Cour refusée, [1985] 1 R.C.S. viii, le juge Marceau est aussi du même avis:

Le droit relatif à la partialité s'est développé relativement à l'exercice de toutes sortes de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, de sorte que, au fil de son évolution, il a facilement pu passer des cours de justice aux tribunaux et aux autres organismes appelés à se prononcer sur des questions touchant les droits civils des particuliers.

Par conséquent, il apparaît clairement que la règle *nemo judex* est un minimum obligatoire qui s'applique tout autant aux actes administratifs en vertu de l'obligation d'agir équitablement, même si cette dernière ne comprend pas nécessairement toute la panoplie des règles de justice naturelle. En d'autres termes, le respect de la règle *nemo judex* est une condition préalable nécessaire au respect de l'obligation d'agir équitablement; il s'ensuit que toute violation de la règle *nemo judex* entraînera nécessairement un manquement à l'obligation d'agir équitablement.

J'ai souligné plus haut que l'impartialité, c'est-à-dire la règle *nemo judex*, est une dichotomie: ou elle s'applique, ou elle ne s'applique pas. En l'espèce, tous s'entendent à l'effet que les actes de la Régie ne sont ni ministériels, ni législatifs, mais qu'ils sont plutôt soit administratifs, soit quasi judiciaires. Or, peu importe que les actes soient classifiés comme administratifs ou quasi judiciaires, la règle *nemo judex* s'applique. Par consé-

123

124

125

fore irrelevant in the instant case and does not have to be resolved to dispose of the appeal.

126 Having said this, I nevertheless agree with the manner in which my colleague Gonthier J. analysed this issue. In a case in which acts did have to be classified to dispose of an appeal, I would use exactly the same analysis.

127 In conclusion, the acts alleged against the Régie are either administrative or quasi-judicial and are subject to the duty of impartiality included in the *nemo judex* rule.

C. An Administrative Agency's Duty to Be Impartial

128 Given that the Régie has a duty to be impartial, what is the specific nature of that duty in the case at bar?

129 Since impartiality is not a continuum, an administrative agency will either comply with the duty by being impartial or breach the duty by being biased; there is no intermediate situation. The fundamental question that must be answered in each case is the following: was or is the administrative agency biased? Since it is impossible to have direct access to the psychological foundations of bias in a decision maker's mind, it is necessary to rely on an indicator that allows the question to be answered judicially. That indicator is reasonable apprehension of bias, which I have already discussed. The legal issue thus becomes the following: would the administrative agency cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases? If so, a legal finding of bias will result; if not, a legal finding of impartiality will be made.

130 In the case at bar, the courts found after analysing the evidence, as my colleague Gonthier J. has also found, that the Régie does give rise to such a reasonable apprehension of bias. There is no rea-

quent, la question de la classification entre les catégories d'actes administratifs et quasi judiciaires est superfétatoire en l'espèce et il n'est pas nécessaire de la résoudre pour trancher le pourvoi.

Cela dit, je suis tout de même d'accord avec la forme de l'analyse de cette question que fait mon collègue le juge Gonthier. Dans un cas où il serait nécessaire de classer les actes pour trancher un pourvoi, j'utiliserais exactement la même analyse.

En conclusion, les actes de la Régie qui font l'objet de reproches sont soit des actes administratifs, soit des actes quasi judiciaires, et ils sont assujettis à l'obligation d'impartialité comprise dans la règle *nemo judex*.

C. L'obligation d'impartialité d'un organisme administratif

La Régie étant assujettie à l'obligation d'impartialité, quel est la nature spécifique de cette obligation en l'espèce?

En raison du fait que l'impartialité n'est pas un continuum, il s'ensuit qu'ou bien un organisme administratif satisfera à l'obligation en étant impartial, ou bien il violera l'obligation en étant partial; il n'y a pas de situation intermédiaire. La question fondamentale à laquelle il faut alors répondre dans chaque cas est la suivante: l'organisme administratif a-t-il été, ou est-il, partial? Puisque nul n'a directement accès au siège psychologique de la partialité chez le décideur, il nous faut utiliser un indicateur qui devra permettre de trancher la question judiciairement. Cet indicateur est la crainte raisonnable de partialité, dont j'ai déjà traité ci-haut. La question juridique devient alors: l'organisme administratif génère-t-il dans un grand nombre de cas une crainte raisonnable de partialité chez la personne bien renseignée? Si c'est le cas, une conclusion juridique de partialité en découlera; si ce n'est pas le cas, s'ensuivra une conclusion juridique d'impartialité.

En l'espèce les tribunaux, après analyse de la preuve, ont conclu, comme le fait ici mon collègue le juge Gonthier, que celle-ci révélait que la Régie générerait une telle crainte raisonnable de partialité.

son to intervene in the determination of these findings of fact. In the instant case, it has therefore been established that the Régie would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. Accordingly, it should be found that the Régie is biased in this case. By implication, the Régie has violated the *nemo iudex* rule and thus breached its duty to act fairly. This breach opens the door to the common law remedies applicable in the circumstances, account being taken of the courts' discretion with respect to prerogative remedies.

Since a breach of the duty to act fairly has been shown on the ground of bias — in this case institutional, organizational bias — the issue of the agency's independence becomes moot. As I have already mentioned, independence is not a factor that is *per se* part of this analysis: it is merely a factor that is subordinate to impartiality because, given that no tribunal can be completely independent, independence becomes relevant only as an aspect of impartiality. Conceptually, independence is only one element in the broader category of impartiality. Having already found that the general duty to be impartial was breached, a specific analysis of independence would add nothing to my conclusions in the case at bar and is therefore unnecessary.

D. Remedies

The common law remedies available in the circumstances are the writs of *certiorari*, prohibition, mandamus and the declaratory action. These common law remedies apply in the same manner in every Canadian province, including Quebec. In Quebec, however, the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, has established a procedure for seeking remedies that differs from the common law procedure. *Certiorari* and prohibition have been merged into one remedy: evocation, which can be sought by motion under art. 846 of the *Code of Civil Procedure*. Mandamus can be sought by motion under arts. 834 to 837 and 844 and 845 of the *Code of Civil Procedure*. Finally, a declara-

Il n'y a pas de raison d'intervenir dans la détermination de ces conclusions de faits. En l'espèce, il est donc établi que la Régie a généré une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas chez la personne bien renseignée. Par conséquent, il y a lieu de conclure à la partialité de la Régie en l'espèce. Par implication, la Régie a enfreint la règle *nemo iudex*, et a donc manqué à son obligation d'agir équitablement. Ce manquement ouvre la voie aux recours de common law applicables dans les circonstances, compte tenu de la discrétion dont disposent les tribunaux à l'égard des recours de prérogative.

Le manquement à l'obligation d'agir équitablement étant établi au niveau de la partialité — dans ce cas-ci, la partialité institutionnelle de type organisationnel — la question de l'indépendance de l'organisme devient théorique. Comme je l'ai déjà mentionné, l'indépendance n'est pas un facteur qui participe *per se* à cette analyse: il n'est qu'un facteur subordonné à l'impartialité car, puisque aucun tribunal ne saurait être parfaitement indépendant, le facteur de l'indépendance n'intervient qu'en tant que tributaire de l'impartialité. L'indépendance, conceptuellement, n'est qu'un élément inclus dans cette catégorie plus générale qu'est l'impartialité. Ayant déjà conclu à un manquement à l'obligation générale de l'impartialité, l'analyse particulière de l'indépendance n'ajouterait rien à mes conclusions en l'espèce et serait, par conséquent, superflue.

D. Recours

Les recours de common law disponibles dans la présente situation sont le *certiorari*, la prohibition, le *mandamus*, et l'action déclaratoire. Ces recours en vertu de la common law s'appliquent de façon identique dans toutes les provinces du Canada, y compris le Québec. Au Québec, cependant, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, a formulé différemment de la common law la procédure d'introduction des recours. Le *certiorari* et la prohibition ont été fusionnés en un seul recours: l'évocation, qui peut être introduite par requête en vertu de l'art. 846 du *Code de procédure civile*. Le *mandamus* peut être introduit par requête en vertu des arts. 834 à 837 et 844 et 845 du *Code de procédure*

131

132

tion can be obtained under arts. 453 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*.

133 In the case at bar, the respondent brought a motion in evocation under art. 834 of the *Code of Civil Procedure*. The respondent asked that the Régie's decision be quashed and set aside. As I have noted, I agree with my colleague Gonthier J. that certain organizational aspects of the Régie would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. I also agree with my colleague that the Régie must make certain organizational changes, such as procedures to separate functions. Since the respondent's application is well founded, there is no reason to decline to exercise the remedial discretion conferred on the courts by the *Code of Civil Procedure*. I would therefore allow the motion in evocation and quash and set aside the Régie's decision.

134 I note that the respondent has chosen not to seek a declaratory remedy, which it could have done through a motion for a declaratory judgment under arts. 453 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*. The only declaratory conclusion sought by the respondent in its motion under art. 834 of the *Code of Civil Procedure* is the following:

[TRANSLATION] SAY AND DECLARE that s. 2 of the Act respecting liquor permits is invalid and of no force or effect on the basis that it violates s. 23 of the Charter of Human Rights and Freedoms;

135 If the declaratory action provided for in arts. 453 *et seq.* had been instituted and argued, it would have been possible to grant this conclusion, but in the circumstances I will consider that action on an incidental basis only.

136 I believe it will be helpful to briefly review the history of the declaratory action that is now codified in art. 453. The declaratory action originated in France in the 14th century, found its way to Scotland where it became known as *declarator* starting in the 16th century, and was then adopted

civile. Enfin, une déclaration peut être obtenue en vertu des art. 453 et suiv. du *Code de procédure civile*.

En l'espèce, l'intimée s'est pourvue par voie de requête en évocation en vertu de l'art. 834 du *Code de procédure civile*. L'intimée demande la cassation et l'annulation de la décision de la Régie. Comme je l'ai mentionné, je suis d'accord avec mon collègue le juge Gonthier en ce que certains facteurs organisationnels de la Régie soulèvent chez la personne bien renseignée une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Je partage aussi l'avis de mon collègue en ce qui a trait à la nécessité pour la Régie de réaliser certains changements organisationnels, tels que des procédures de cloisonnement, par exemple. La demande de l'intimée étant justifiée, il n'existe pas de raison de refuser d'exercer la discrétion d'accorder une mesure de redressement que confère aux tribunaux le *Code de procédure civile*. J'accueillerais donc la requête en évocation, et je casserais et annulerais la décision de la Régie.

Je remarque que l'intimée a choisi de ne pas se prévaloir du recours en déclaration, disponible par requête en jugement déclaratoire en vertu des art. 453 et suiv. du *Code de procédure civile*. La seule conclusion de nature déclaratoire demandée par l'intimée dans sa requête en vertu de l'art. 834 du *Code de procédure civile* est la suivante:

DIRE ET DÉCLARER invalide, inopérant et sans effet l'article 2 de la Loi sur les permis d'alcool pour violation de l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne;

Si le recours en déclaration prévu aux art. 453 et suiv. avait été introduit et plaidé, il aurait été possible d'accorder cette conclusion mais, dans les circonstances, je ne traiterai de ce recours que de façon incidente.

Je crois utile de revoir brièvement l'historique du recours en déclaration qui est aujourd'hui codifié à l'art. 453. Le recours en déclaration est apparu tout d'abord en France au XIV^e siècle, a migré en Écosse où il a pris le nom de *declarator* à partir du XVI^e siècle, puis a été adopté par l'*equity*

by British equity in the 19th century: see L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (2nd ed. 1988); I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (2nd ed. 1993). The declaratory action was not codified in Quebec until 1965; before then, the declaratory judgment concept was little known in that province.

I note, however, that today this action has two historical components: the common law since the 19th century and the civil law since 1965. Even before 1965, it was possible under Quebec law to bring a common law declaratory action. In *Saumur v. Procureur général de Québec*, [1964] S.C.R. 252, the appellants sought to have the *Act respecting freedom of worship and the maintenance of good order* declared invalid before they had even suffered any injury thereunder. Taschereau C.J. dismissed the appeal, without examining the Act's constitutionality, on the ground that there was no existing and actual interest in a dispute. What the judgment in fact decided was that the common law declaratory action was available in Quebec in the public law context, although it was in fact rarely used.

In my view, since Quebec public law is governed by the common law, the declaratory action has been available in Quebec in the public law context since the beginning of the 19th century and will remain available until it is changed by legislation. In the property and civil rights context, the declaratory action has been available only since it was codified in 1965. Common law declaratory judgments have been rendered in the British colonies since the beginning of the 19th century: see, for example, *Taylor v. Attorney-General* (1837), 8 Sim. 413, 59 E.R. 164, where the High Court of Chancery rendered a declaratory judgment in a Nova Scotia case.

Thus, Quebec public law includes a common law declaratory action that is available in the administrative law context. Such an action can be brought today in the same manner as a civil law declaratory action, that is, under art. 453 of the *Code of Civil Procedure*. In administrative law,

britannique au XIX^e siècle: voir L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (2^e éd. 1988); I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (2^e éd. 1993). Le recours en déclaration n'a été codifié au Québec qu'en 1965; avant cette date, la notion de jugement déclaratoire n'y était que peu connue.

Je note, cependant, qu'aujourd'hui ce recours comporte deux composantes historiques: la common law depuis le XIX^e siècle et le droit civil depuis 1965. En effet, même avant 1965, l'état du droit au Québec prévoyait la possibilité d'intenter un recours de common law en déclaration. Dans l'arrêt *Saumur c. Procureur général de Québec*, [1964] R.C.S. 252, les appelants cherchaient à faire déclarer invalide la *Loi concernant la liberté des cultes et le bon ordre* avant même qu'ils n'aient été lésés. Le juge en chef Taschereau a rejeté le pourvoi au motif qu'il n'y avait pas d'intérêt né et actuel dans un litige, sans examiner la constitutionnalité de la loi. En réalité, ce jugement dispose que l'action déclaratoire de common law était disponible au Québec dans le domaine du droit public, quoique, dans les faits, elle n'ait été que peu utilisée.

À mon avis, puisque le droit public québécois est régi par la common law, le recours en déclaration est donc disponible au Québec dans le domaine du droit public, depuis le début du XIX^e siècle, et demeure disponible jusqu'à ce qu'il soit modifié de façon législative. Dans le domaine de la propriété et des droits civils, le recours en déclaration n'est disponible que depuis sa codification en 1965. Les jugements déclaratoires de common law existaient dans les colonies britanniques dès le début du XIX^e siècle: voir, par exemple, *Taylor c. Attorney-General* (1837), 8 Sim. 413, 59 E.R. 164, où la High Court of Chancery a accordé un jugement déclaratoire dans un litige né en Nouvelle-Écosse.

Il existe donc, en droit public québécois, un recours déclaratoire de common law qui s'étend au droit administratif. Ce recours s'intente aujourd'hui de la même façon que le recours déclaratoire de droit civil, c'est-à-dire en vertu de l'art. 453 du *Code de procédure civile*. Ce recours déclaratoire

137

138

139

this common law declaratory action makes it possible to obtain a declaration concerning the parties' rights in relation to each other, including the rights of an individual and an administrative agency pursuant to an enabling statute: see generally Zamir, *supra*, at pp. 212-16.

de common law ouvre la voie, en droit administratif, à une déclaration des droits applicables entre les parties, y compris entre un administré et une agence administrative à l'égard de droits découlant d'une loi habilitante: voir généralement Zamir, *op. cit.*, aux pp. 212 à 216.

140 In the case at bar, the appropriate remedy in this regard would have been a declaration under art. 453 of the *Code of Civil Procedure* that the relevant provisions of the statute are of no force or effect between the parties.

En l'espèce, la mesure de redressement appropriée à ce chapitre aurait été une déclaration, en vertu de l'art. 453 du *Code de procédure civile*, à l'effet que les dispositions pertinentes de la loi sont inopérantes entre les parties au litige.

141 However, this common law remedy does not have the same scope as the declaratory remedy available under the *Charter*. The courts do not have the power, either at common law or in equity, to go against parliamentary sovereignty by striking down legislative provisions: *British Railways Board v. Pickin*, [1974] A.C. 765 (H.L.). Likewise, the *Code of Civil Procedure* establishes that a declaratory judgment is binding only on the parties to the case:

Cependant, ce recours de common law n'a pas la même portée que le recours déclaratoire de la *Charte*. En effet, les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'invalider des dispositions législatives à l'encontre de la souveraineté parlementaire, ni en *equity*, ni en common law: *British Railways Board c. Pickin*, [1974] A.C. 765 (H.L.). De la même manière, les dispositions du *Code de procédure civile* établissent que le jugement déclaratoire ne lie que les parties au litige:

453. Any person who has an interest in having determined immediately . . . any right, power or obligation which he may have under a . . . statute . . . may, by motion to the court, ask for a declaratory judgment in that regard.

453. Celui qui a intérêt à faire déterminer immédiatement [. . .] soit quelque droit, pouvoir ou obligation pouvant lui résulter [. . .] d'une loi [. . .] peut, par requête au tribunal, demander un jugement déclaratoire à cet effet.

456. A declaratory judgment rendered in accordance with this chapter has the same effect and is subject to the same recourses as any other final judgment.

456. Le jugement déclaratoire rendu en vertu du présent chapitre a les mêmes effets et est sujet aux mêmes recourses que tout autre jugement final.

142 Thus, such a declaratory judgment would have had the legal effect of making the relevant provisions of no force or effect as against the respondent only. The legal effect would have been *inter partes* in nature. Of course, pursuant to the *res judicata* principle, the judgment would also have had a legal effect in respect of the parties' future relations. Moreover, pursuant to the *stare decisis* principle, it would have had a legal effect and persuasive authority in respect of the Régie's relations with third parties.

Ainsi, un tel jugement déclaratoire aurait eu pour effet légal de rendre les dispositions pertinentes inopérantes à l'égard de l'intimée seulement. L'effet légal aurait été de nature *inter partes*. Évidemment, le jugement aurait aussi eu une force légale pour les relations futures entre les parties au litige en vertu du principe de la *res judicata*. De plus, le jugement aurait eu une force légale et un pouvoir persuasif à l'égard des relations entre la Régie et les tierces parties en vertu du principe du *stare decisis*.

143 However, and I consider this point to be of crucial importance, the common law remedy would not have had the effect of invalidating the statute *erga omnes*, which was the effect of the applica-

Par contre, et c'est là à mon avis un point d'importance cruciale, le recours de common law n'aurait pas eu pour effet d'invalider la loi *erga omnes*, effet qui résulte de l'application de la *Charte* au

tion of the *Charter* to this case by the courts below. The invalidation of a statute *erga omnes*, by creating a veritable legal vacuum, gives rise to a situation in which it becomes urgent for the legislature and the administrative agencies involved to amend enabling statutes and alter organizational structures, all of which they must do in a reactive fashion. The remedy under art. 453, since it is *inter partes* in nature, allows for a more flexible approach that provides institutions with an opportunity to reform the system more strategically.

This does not mean that the *Charter* remedy declaring a statute invalid *erga omnes* must always be avoided. It is easy to imagine many circumstances and situations in which such a remedy would be necessary. However, I think that this case does not have the requisite characteristics to justify such an *erga omnes* remedy, even with respect to a single section of the enabling statute. In the case at bar, the appropriate declaratory remedy was an *inter partes* declaratory judgment under art. 453 of the *Code of Civil Procedure*.

Having identified the common law rules applicable to the case at bar, I must still determine the effect of the *Charter's* provisions on the common law. It must first be determined whether those provisions are applicable to the instant case. As I will show, they are not. In my view, that disposes of this appeal, and I will examine the issue from a *Charter* perspective on an alternative basis only.

III. The Charter

The issue in the case at bar involves the interpretation of ss. 23 and 56(1) of the *Charter*, particularly the concept of a quasi-judicial tribunal. The interpretation method is thus of fundamental importance here, which is why I intend to begin by discussing it.

A. *Methodological Approach*

This appeal provides a good opportunity to clarify certain methodological points underlying the

présent cas par les tribunaux inférieurs. L'invalidation d'une loi *erga omnes*, en créant un véritable vacuum juridique, met en place un état de choses où la législature et les agences administratives doivent de toute urgence modifier les lois habilitantes et transformer les structures organisationnelles, le tout d'une manière réactive. Le recours de l'art. 453, d'une nature *inter partes*, permet une approche plus souple qui donne la chance aux institutions de réformer le système d'une façon plus stratégique.

Cela ne veut pas dire qu'il faille toujours éviter le recours déclaratoire en invalidation *erga omnes* disponible en vertu de la *Charte*. On peut facilement imaginer de nombreuses circonstances et situations dans lesquelles un tel recours s'imposerait. Cependant, je crois que le présent cas ne présente pas les caractéristiques nécessaires pour justifier un tel recours *erga omnes*, fût-ce à l'égard d'un seul article de la loi habilitante. En l'espèce, le recours déclaratoire approprié était le jugement déclaratoire *inter partes* de l'art. 453 du *Code de procédure civile*.

Ayant identifié le régime de common law applicable au cas d'espèce, il me reste à déterminer l'effet qu'ont les dispositions de la *Charte* sur la common law. Il faut en premier lieu se demander si les dispositions s'appliquent au cas d'espèce. Comme je le démontrerai ci-après, les dispositions de la *Charte* ne s'appliquent pas en l'espèce. Ceci dispose à mon avis du présent pourvoi et ce n'est que de façon subsidiaire que j'examinerai la question sous l'angle de la *Charte*.

III. La Charte

La question ici en litige porte sur l'interprétation de l'art. 23 et du par. 56(1) de la *Charte*, et particulièrement sur la notion de tribunal quasi judiciaire. La méthode d'interprétation prend donc ici une importance primordiale et c'est pourquoi je me propose d'en discuter à titre préliminaire.

A. *Approche méthodologique*

Le présent pourvoi constitue une bonne occasion de clarifier certains aspects méthodologiques qui

144

145

146

147

essential activity of legal interpretation. With the rapid development of modern administrative law, the importance of legal interpretation is continually increasing, in proportion to the growing size of our administrative system and the complexity of the issues it must address. Legal interpretation, as a separate discipline, is therefore bound to become an essential part of the knowledge, skills and abilities that contemporary jurists must possess.

sous-tendent cette activité essentielle qu'est l'interprétation juridique. En effet, avec l'essor du droit administratif moderne, l'interprétation juridique revêt une importance toujours grandissante, à la mesure de l'ampleur croissante de notre système administratif et de la complexité des questions dont il doit traiter. Ainsi, l'interprétation juridique, en tant que discipline distincte, est appelée à devenir une composante essentielle des connaissances, habiletés et aptitudes que doivent posséder les juristes contemporains.

148

The following comments by W. N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation* (1994), at pp. 6-8, take on their full meaning in the context of this appeal:

Some of [my] argumentation . . . draws on prior work in common law and, especially, constitutional theory. Because statutory interpretation theory languished for so long, its renaissance has borrowed heavily from existing scholarship in these areas. Nonetheless . . . statutory interpretation theory is distinct from, and intellectually independent of, common law and constitutional theory. For example, statutory interpretation involves much richer authoritative texts than common law or constitutional interpretation. . . . More than common law or constitutional interpretation, statutory interpretation is a holistic enterprise, permitting deep involvement of the interpreter in the structure and history of a statutory text, as well as its formal relation to other statutory provisions.

Les propos du commentateur W. N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation* (1994), aux pp. 6 à 8, prennent toute leur signification dans le contexte du présent pourvoi:

[TRADUCTION] Une partie de [mon] argumentation [. . .] s'inspire de travaux antérieurs sur la théorie de la common law et, tout particulièrement, sur la théorie du droit constitutionnel. Parce que la théorie de l'interprétation législative est demeurée stagnante pendant si longtemps, sa renaissance emprunte beaucoup à la doctrine existante dans ces domaines. Néanmoins, [. . .] la théorie de l'interprétation législative est distincte, et indépendante sur le plan intellectuel, de la théorie de la common law et du droit constitutionnel. Par exemple, en matière d'interprétation législative, il existe des sources documentaires faisant autorité plus riches que ce n'est le cas en ce qui concerne l'interprétation de la common law et du droit constitutionnel. [. . .] Encore plus que dans le cas de l'interprétation de la common law ou de l'interprétation constitutionnelle, l'interprétation législative est une entreprise holistique, qui permet à l'interprète d'examiner de manière approfondie la structure et l'historique du texte de loi, ainsi que ses rapports formels avec d'autres dispositions législatives.

The institutional features of the law implementation process offer exciting intellectual possibilities for the study of statutory interpretation because that field — much more than common law or constitutional interpretation — demands a theory of Congress (and the presidency) as well as a theory of language and interpretation. . . .

Les aspects institutionnels du processus de mise en œuvre des lois offrent d'excitantes possibilités intellectuelles pour l'étude de l'interprétation législative parce que ce domaine — beaucoup plus que celui de l'interprétation de la common law ou du droit constitutionnel — exige l'application de la théorie concernant le Congrès (et la présidence) ainsi que d'une théorie du langage et de l'interprétation . . .

Finally, statutory interpretation is the most important form of legal interpretation in the modern regulatory state because it is as much agency-centered as judge-centered. Although not inevitably judge-made, our com-

Enfin, l'interprétation législative est la forme la plus importante d'interprétation juridique au sein de l'État réglementaire moderne parce que autant les organismes de réglementation que les juges jouent un rôle central

mon law as well as constitutional traditions are juricentric. This renders them less relevant for thinking about the creation of public policy in the modern administrative state. [Emphasis added.]

In view of the scope of these changes, which are fuelling the transformation of this area of legal thought, I believe the time has come to set out in more precise terms the basic methodological approach that should normally be used by jurists engaged in legal interpretation.

The concept of precision (or imprecision) in the methodological approaches used in law is, in my view, clearly different from the concept of precision in the substantive content of the law. First of all, these two concepts can be distinguished by the impact that their imprecision or vagueness may have. While imprecision in the substantive law may potentially affect a certain segment of our society, vagueness in legal methodology has effects that pervade the entire judicial system in its broadest sense and are accordingly felt by society as a whole. It is easy to see that if vagueness were, hypothetically, introduced into methodological concepts — such as the rules of legal interpretation — this would have a broader systemic impact than imprecision in some specific aspect of substantive law.

Next, a distinction must be made in terms of the jurisdiction of the courts — both this Court and the other levels of the judicial system — in respect of these two concepts. Even if, according to the principle of parliamentary sovereignty, the judiciary does not legislate and merely applies the substantive law to specific cases, it retains a residual normative jurisdiction derived from the common law. In areas of the law outside substantive law, this jurisdiction relates, for example, to the rules of practice of the adversary process and, in so far as it is not codified, the law of evidence. In my view, the methodology of legal interpretation is one of those areas of the law in respect of which the judiciary must exercise its normative jurisdiction.

dans l'interprétation de la loi. Bien qu'elles ne soient pas inévitablement d'origine prétorienne, notre common law et les traditions constitutionnelles sont juricentriques. Cela leur enlève de leur pertinence dans l'établissement des politiques d'intérêt public dans l'État administratif moderne. [Je souligne.]

Vu la portée de ces changements qui alimentent la transformation de ce domaine de la pensée juridique, je crois que le moment est venu d'établir avec plus de précision l'approche méthodologique de base qui devrait normalement être utilisée par les juristes en ce qui a trait à l'interprétation juridique.

La notion de précision des approches méthodologiques en droit (ou de leur imprécision) se distingue selon moi très nettement de la notion de précision du contenu substantif du droit. Tout d'abord, ces deux notions se distinguent par l'impact que peut avoir leur imprécision ou leur caractère flou. Alors que l'imprécision d'un droit substantif peut, potentiellement, toucher un certain segment de notre société, le caractère flou de la méthodologie en droit emporte des effets qui s'infiltrent dans toute la composante judiciaire au sens large, et ceux-ci touchent donc l'ensemble de la société. Il est aisé de voir que si, hypothétiquement, l'on introduisait du flou dans des notions méthodologiques — comme les règles d'interprétation juridique — cela aurait un impact systémique d'une plus grande ampleur que celui qu'aurait l'imprécision d'un droit substantif spécifique.

Ensuite, on doit opérer une distinction au plan de la compétence qu'a un tribunal, tant au niveau de notre Cour qu'aux autres niveaux du reste du système judiciaire, à l'endroit de ces deux notions. Même si, en vertu du principe de la souveraineté parlementaire, le judiciaire ne légifère pas et ne fait qu'appliquer le droit substantif aux cas particuliers, il conserve une compétence normative résiduaire issue de la common law. Dans des domaines de droit situés hors du droit substantif, cette compétence s'intéresse, à titre d'exemple, aux règles de pratique du processus contradictoire et, dans la mesure où il n'est pas codifié, au droit de la preuve. À mon avis, la methodologie d'interprétation juridique constitue l'un de ces domaines

149

150

151

I agree with the formulation of this principle suggested by Côté, *supra*, at pp. 8-9:

The official theory of interpretation is first and foremost a normative theory, a doctrine; that is, an intellectual construction which prescribes the manner in which the phenomenon of legal interpretation should be conceived, sets out the objectives which the interpreter must pursue, and indicates the means that he may and may not, or should and should not, apply. This theory provides a model for the jurist, in both the search for meaning of the enactment (the heuristic function of the theory), and in the justification of the meaning which is adopted in a given case (the justificative function of the theory). The official theory does not so much tend to describe or explain the phenomenon of interpretation as to impose on the legal community a correct theoretical mode, a doctrine, an orthodoxy. [Emphasis added.]

du droit pour lesquels le judiciaire se doit d'exercer sa compétence normative. Je suis d'accord avec la formulation de ce principe proposée par Côté, *op. cit.*, à la p. 9:

La théorie officielle de l'interprétation doit être vue d'abord comme une théorie normative, comme une doctrine, c'est-à-dire comme une construction intellectuelle qui prescrit la manière de concevoir le phénomène de l'interprétation de la loi, fixe les objectifs que l'interprète doit poursuivre et prévoit les moyens qu'il peut ou doit utiliser de même que ceux qu'il ne doit pas ou ne peut pas mettre en œuvre. Cette théorie sert ainsi de modèle à l'action du juriste, soit dans la recherche du sens d'un texte (c'est ce qu'on appelle la fonction heuristique de la théorie), soit dans la justification du sens retenu dans un cas donné (c'est ce qu'on appelle la fonction justificatoire de la théorie). La théorie officielle ne tend donc pas tant à décrire ou à expliquer le phénomène de l'interprétation qu'à imposer à la communauté des juristes un modèle théorique affirmé comme vrai, une doctrine, une orthodoxie. [Je souligne.]

152

I will now review the model for the jurist that has been prescribed by this Court since the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was enacted in 1982. In the past, this Court relied on the so-called "plain meaning rule" methodological approach, which has been described as follows (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; applied in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578):

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. This principle is expressed repeatedly by modern judges, as, for example, Lord Reid in *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, and Culliton C.J. in *R. v. Mojelski*. Earlier expressions, though in different form, are to the same effect; Lord Atkinson in *Victoria (City) v. Bishop of Vancouver Island* put it this way:

In the construction of statutes their words must be interpreted in their ordinary grammatical sense, unless there be something in the context, or in the object of the statute in which they occur, or in the circumstances with reference to which they are used, to

Je propose maintenant de revoir le modèle pour l'action du juriste que prescrit notre Cour depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. Dans le passé, notre Cour s'est appuyée sur ce qu'il convient d'appeler l'approche méthodologique de la règle du «sens ordinaire» — la soi-disant «*plain meaning rule*» — dont voici un énoncé (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87; principe appliqué dans *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578):

[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. Ce principe a été exprimé à maintes reprises par des juges de l'ère moderne, par exemple, lord Reid dans *Westminster Bank Ltd. c. Zang*, et le juge en chef Culliton dans *R. c. Mojelski*. Des formulations antérieures, quoique sous une forme différente, sont également au même effet; lord Atkinson dans *Victoria (City) c. Bishop of Vancouver Island* le formule en ces termes:

Dans l'interprétation des lois, les termes qui y sont utilisés doivent être interprétés dans leur sens grammatical ordinaire, sauf s'il y a quelque chose dans le contexte ou dans l'objet de la loi où ils se trouvent, ou dans les circonstances relativement auxquels ils sont

show that they were used in a special sense different from their ordinary grammatical sense. [Emphasis added.]

In reality, there are two successive stages in this “plain meaning rule” process: first, by default, the so-called “plain meaning” of the words must be used; second, if — and only if — there is something in the context to indicate that the meaning differs from the “plain meaning”, then it is possible to “depart” from that “plain meaning”. According to this rule, it is only at this second stage that the legal interpretation process should begin; if the meaning seems *prima facie* clear, then this rule functions as a sort of methodological estoppel that seeks to prevent the legal interpretation process from beginning. According to Côté, *supra*, at pp. 241-42, this “plain meaning” method has serious shortcomings:

The [“plain meaning”] Rule also regulates. It invites the judge to conclude his study if, upon reading the words of the law alone, the meaning is clear. Understood in this way, the rule of literal interpretation seems virtually to contradict the basic principles of linguistic communication.

It should not be forgotten that research in semantics has shown that words only take on their real meaning when placed in context. The meaning of words and sentences is crystallized by the context, and in particular by the purpose of the message. Any interpretation that divorces legal expression from the context of its enactment may produce absurd results. [Emphasis added.]

In my view, the principal failing of the “plain meaning” process is the following: it obscures the fact that the so-called “plain meaning” is based on a set of underlying assumptions that are concealed in legal reasoning. In reality, the “plain meaning” can be nothing but the result of an implicit process of legal interpretation. As noted by Côté, *supra*, at p. 240:

utilisés, qui indique qu'ils ont été utilisés dans un sens spécial différent du sens grammatical ordinaire. [Je souligne.]

En réalité, ce procédé dit de la «règle du sens ordinaire» comprend deux étapes successives: tout d'abord, par défaut, on doit utiliser le soi-disant «sens ordinaire» des mots. Ensuite, si — et seulement si — il y a quelque chose dans le contexte qui indique que le sens est différent du «sens ordinaire», alors on peut «diverger» de ce «sens ordinaire». Ce n'est qu'à cette deuxième étape que l'on devrait, selon cette règle, enclencher le processus d'interprétation juridique; si le sens paraît évident *prima facie*, alors cette règle agit d'une façon analogue à une sorte de préclusion méthodologique qui prétend empêcher la mise en marche du processus d'interprétation juridique. Selon Côté, *op. cit.*, à la p. 270, cette méthode du «sens ordinaire» présente de graves lacunes:

La règle [du «sens ordinaire»] aurait aussi une fonction de régulation en ce sens qu'elle donne directive au juge d'arrêter ses investigations si la lecture des termes de la loi lui révèle, à elle seule, un sens clair. Ainsi entendue, la règle de l'interprétation littérale nous semble tout à fait contraire aux principes fondamentaux de la communication par voie du langage.

Rappelons simplement que les études dans le domaine de la sémantique démontrent que les mots du langage n'acquièrent leur sens véritable que lorsqu'ils sont insérés dans un contexte. C'est le contexte (ce qui comprend particulièrement l'objectif de la communication) qui précise le sens des mots et des phrases. Une interprétation qui dissocie la formule légale de son contexte global d'énonciation risque de conduire à des absurdités. [Je souligne.]

Selon moi, le défaut principal que présente le procédé dit du «sens ordinaire» est le suivant: il obscurcit le fait que le soi-disant «sens ordinaire» est fondé sur un ensemble de prémisses sous-jacentes qui se trouvent dissimulées dans le raisonnement juridique. En réalité, le «sens ordinaire» ne peut être autre chose que le résultat d'un processus implicite d'interprétation juridique. Comme le fait remarquer Côté, *op. cit.*, à la p. 268:

But this is already an “interpretation”, although not necessarily a conscious one.¹²⁷

¹²⁷ . . . “The process of recognizing the clarity or obscurity of a text always implies at least an implicit interpretation of it . . .”.

Celui qui affirme la clarté du texte l’aurait déjà interprété, au moins inconsciemment¹²⁷ . . .

¹²⁷ . . . «La reconnaissance du caractère clair ou obscur d’un texte implique toujours une interprétation au moins implicite de celui-ci . . .».

155

The “plain meaning” rule has been criticized in England for the same reasons: M. Zander, *The Law-Making Process* (4th ed. 1994), at pp. 121-27:

. . . the literal rule has also been subjected to severe criticism:

(1) The most fundamental objection to the rule is that it is based on a false premise, namely that words have plain, ordinary meanings apart from their context.

. . .

(3) The plain-meaning approach cannot be used for general words, which are obviously capable of bearing several meanings.

(4) Not infrequently the courts say that the meaning of the words is ‘plain’ but then disagree as to their interpretation.

(5) . . . As Professor Glanville Williams has pointed out, often one party is contending for an ‘obvious’ meaning of the words while the other argues for a secondary meaning of the words. The choice cannot then be made sensibly without regard to the context.

. . .

Even the most die-hard advocates of the literal approach sometimes lapse into some alternative method . . .

The result of the inevitable inconsistency as to the application of the literal approach is that it loses much of its claim to be the basis of greater certainty.

. . .

The literalist approach makes too little allowance for the natural ambiguities of language, for the frailties of even the most skilled of draftsmen and for the impossibility of foreseeing future events. . . .

The literal approach is based on a narrow concentration on the actual words used, to the exclusion of the surrounding circumstances that might explain what the words were actually intended to mean. . . . It is a charac-

La règle du «sens ordinaire» fait l’objet de critiques en Angleterre pour les mêmes raisons: M. Zander, *The Law-Making Process* (4^e éd. 1994), aux pp. 121 à 127:

[TRADUCTION] . . . la règle de l’interprétation littérale a également fait l’objet de sérieuses critiques:

(1) L’objection la plus fondamentale à cette règle est qu’elle est fondée sur une fausse prémisse, savoir que les mots ont des sens ordinaires, indépendants du contexte dans lequel ils sont utilisés.

. . .

(3) Le procédé dit du sens ordinaire ne peut être utilisé pour l’interprétation de termes généraux qui peuvent de toute évidence comporter plusieurs sens.

(4) Il n’est pas rare que les tribunaux affirment que le sens des mots est le sens «ordinaire», mais qu’ils divergent ensuite d’opinion sur leur interprétation.

(5) [. . .] Comme l’a fait ressortir le professeur Glanville Williams, il arrive souvent qu’une partie plaide un sens «évident» alors que l’autre invoque un sens secondaire. Il est impossible de choisir judicieusement sans tenir compte du contexte.

. . .

Même les tenants les plus irréductibles de l’approche littérale font parfois appel à une autre méthode . . .

L’inévitable manque d’uniformité dans l’application de l’approche littérale a pour conséquence que cette méthode perd une bonne partie de sa valeur comme fondement d’une plus grande certitude.

. . .

L’approche littérale ne tient pas suffisamment compte des ambiguïtés naturelles du langage, ni des lacunes des rédacteurs, même les plus expérimentés, ni de l’impossibilité de prévoir l’avenir. . . .

L’approche littérale repose sur un examen étroit des mots utilisés, indépendamment des circonstances susceptibles d’expliquer le sens réel qu’on entendait leur donner. [. . .] Une des caractéristiques de certains sys-

teristic of some primitive legal systems that they attach excessive weight to the importance of words so that, for instance, the plaintiff who makes a slip in stating his claim is nonsuited. The literal approach to language by lawyers may be a form of this tradition. The draftsman is in effect punished for failing to do his job properly (except that it is his client, or in the case of statutes, the wider community, that bears the cost). The punitive or disciplinarian school of judicial interpretation remains a powerful element in the operation of the English legal system.

A final criticism of the literal approach to interpretation is that it is defeatist and lazy. The judge gives up the attempt to understand the document at the first attempt. Instead of struggling to discover what it means, he simply adopts the most straightforward interpretation of the words in question — without regard to whether this interpretation makes sense in the particular context. It is not that the literal approach necessarily gives the wrong result but rather that the result is purely accidental. It is the intellectual equivalent of deciding the case by tossing a coin. The literal interpretation in a particular case may in fact be the best and wisest of the various alternatives, but the literal approach is always wrong because it amounts to an abdication of responsibility by the judge. Instead of decisions being based on reason and principle, the literalist bases his decision on one meaning arbitrarily preferred.

The approach is mechanical, divorced both from the realities of the use of language and from the expectations and aspirations of the human beings concerned and, in that sense, it is irresponsible. [Underlining added; italics in original.]

The same type of criticism of legal interpretation has been made in the United States: N. J. Singer, *Statutes and Statutory Construction* (5th ed. 1992), vol. 2A, at pp. 5-6:

A frequently encountered rule of statutory interpretation asserts that a statute, clear and unambiguous on its face, need not and cannot be interpreted by a court and that only statutes which are of doubtful meaning are subject to the process of statutory interpretation. . . . However, this rule is deceptive in that it implies that words have intrinsic meanings. . . .

tèmes juridiques primitifs est qu'ils accordent un poids excessif à l'importance des mots, à telle enseigne que, par exemple, la partie demanderesse qui commet un lapsus dans la formulation de ses prétentions se trouve déboutée. L'utilisation par les avocats de l'approche littérale pourrait bien être une forme de cette tradition. Le rédacteur est, dans les faits, puni parce qu'il n'a pas bien fait son travail (sauf que c'est son client ou, dans le cas des lois, l'ensemble de la collectivité qui en supporte les frais). Le courant punitif ou disciplinaire en matière d'interprétation judiciaire demeure un élément important du fonctionnement du système juridique anglais.

Une dernière critique de l'approche littérale est qu'elle est défaitiste et paresseuse. Le juge renonce dès la première tentative à tenter de comprendre le document. Au lieu de s'efforcer de découvrir ce que veulent dire les mots, le juge retient simplement l'interprétation la plus simple des mots en question — sans se demander si elle a du bon sens dans le contexte en question. Ce n'est pas que l'approche littérale aboutit nécessairement au mauvais résultat, mais plutôt que ce résultat est purement accidentel. Sur le plan intellectuel, cela revient à trancher en jouant à pile ou face. Il est possible que, dans un cas donné, l'interprétation littérale soit la meilleure et la plus sage des solutions, mais l'approche littérale est toujours mauvaise parce qu'elle équivaut à l'abdication par le juge de ses responsabilités. Au lieu de fonder leurs décisions sur la raison et sur des principes, les partisans de l'approche littérale basent leurs décisions sur un sens choisi arbitrairement.

L'approche est mécanique, détachée à la fois des réalités de l'utilisation du langage et des attentes et des aspirations des êtres humains concernés, et, en ce sens, elle est irresponsable. [Je souligne; en italique dans l'original.]

On a aussi fait exactement le même type de critique en ce qui concerne l'interprétation juridique aux États-Unis: N. J. Singer, *Statutes and Statutory Construction* (5^e éd. 1992), vol. 2A, aux pp. 5 et 6:

[TRADUCTION] Suivant une règle que l'on voit fréquemment en matière d'interprétation législative, une loi dont le texte est clair et non ambigu, ne doit pas et ne peut pas être interprétée par un tribunal, et seules les lois dont le sens est incertain sont interprétées. [. . .] Cependant, cette règle est trompeuse en ce qu'elle suppose que les mots ont des sens intrinsèques . . .

The assertion in a judicial opinion that a statute needs no interpretation because it is “clear and unambiguous” is in reality evidence that the court has already considered and construed the act. It may also signify that the court is unwilling to consider evidence bearing on the question how the statute should be construed, and is instead declaring its effect on the basis of the judge’s own uninstructed and unrationalized impression of its meaning. [Emphasis added.]

L’affirmation, dans une décision judiciaire, qu’une loi n’a pas besoin d’être interprétée parce qu’elle est «claire et non ambiguë» constitue en réalité la preuve que le tribunal l’a déjà examinée et interprétée. Ce fait peut aussi signifier que le tribunal n’est pas disposé à examiner des éléments de preuve sur la façon dont la loi devrait être interprétée, et qu’il déclare plutôt l’effet de cette loi sur la foi de l’impression non informée et non rationalisée qu’a le juge du sens de la loi en question. [Je souligne.]

157 Eskridge, *supra*, at pp. 38-41, demonstrates that the “plain meaning” method is unsound even in terms of its theoretical underpinnings:

Eskridge, *op. cit.*, aux pp. 38 à 41, montre que la méthode du «sens ordinaire» est mal fondée même en ce qui concerne ses fondements théoriques sous-jacents:

The new textualist position is that statutory text is the most determinate basis for statutory interpretation. That proposition, important to their theory, is questionable. . . .

[TRADUCTION] La nouvelle position des tenants de l’interprétation textuelle est que le texte de la loi constitue le fondement le plus précis aux fins de son interprétation. Cette proposition, importante pour leur théorie, est contestable . . .

The simplest version of textualism is enforcement of the “plain meaning” of the statutory provision: that is, given the ordinary meanings of words and accepted precepts of grammar and syntax, what does the provision signify to the reasonable person? An initial problem with simple plain meaning is that, for any statute of consequence, the legislative drafting process ensures textual ambiguities, which only multiply over time.

La forme la plus simple de l’interprétation textuelle est l’imposition forcée du «sens ordinaire» de la disposition: en d’autres mots, compte tenu du sens ordinaire des mots et des règles reconnues de la grammaire et de la syntaxe, que signifie la disposition pour une personne raisonnable? Un des premiers problèmes créés par la méthode du sens ordinaire est que, pour toute loi d’importance, le processus de rédaction des lois fait en sorte que le texte renferme des ambiguïtés, qui ne font que se multiplier avec le temps.

. . . .
An additional problem with a simple textualist theory is that the meaning of text is decisively influenced by context.

. . . .
Un autre problème que soulève l’application d’une interprétation textuelle rudimentaire est le fait que le sens du texte est nettement influencé par le contexte.

. . . .
This is my third problem with a simple, naive textualism: the interpreter’s own context, including her situatedness in a certain generation and a certain status in our society, influences the way she reads simple texts.

. . . .
Il s’agit là du troisième problème que soulève à mes yeux une interprétation textuelle rudimentaire et naïve: la situation particulière de l’interprète de la loi, notamment sa position au sein d’une génération donnée et son statut dans notre société, influencent la façon dont cette personne lit des textes simples . . .

. . . .
A simple plain meaning approach to statutory interpretation seems unlikely to yield the determinacy needed for a foundational theory of statutory interpretation. [Emphasis added.]

. . . .
Il semble peu probable que l’application, en matière d’interprétation législative, d’une méthode rudimentaire fondée sur le sens ordinaire des mots produise la précision requise pour établir une théorie fondamentale en matière d’interprétation législative. [Je souligne.]

In light of the evolution of our law following the passage of the charters and given the growing recognition that there are many different perspectives — the aboriginal perspective, for example — I believe that the era of concealed underlying premises is now over. In my view, those premises must be brought to the surface in order to promote consistency in our law and the integrity of our judicial system.

This is the approach I advocated, on behalf of the majority of the Court, in *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, in which the issue involved the interpretation of the term “financing”. In that case, although I did not go into all the methodological details explicitly, I used the “informed interpretation” method proposed by Bennion as a normative method for English common law (F. A. R. Bennion, *Statutory Interpretation: Codified, with a critical Commentary* (1984), at pp. 261-63 and 557; the formulation of that method was reproduced in Bennion, *Statutory Interpretation: A Code* (2nd ed. 1992), at pp. 427-29):

(1) It is a rule of law (in this Code called the informed interpretation rule) that the interpreter is to infer that the legislator, when settling the wording of an enactment, intended it to be given a fully informed, rather than a purely literal, interpretation (though the two usually produce the same result).

(2) Accordingly, the court does not decide whether or not any real doubt exists as to the meaning of an enactment (and if so how to resolve it) until the court has first discerned and considered, in the light of the guides to legislative intention, the *context* of the enactment, including all such matters as may illumine the text and make clear the meaning intended by the legislator in the factual situation of the instant case.

The informed interpretation rule is a necessary one. If the drafter had to frame the enactment in terms suitable for a reader ignorant of past and contemporary facts and of legal principles (and in particular the principles of statutory interpretation), he or she would need to use far

158
Avec l'évolution que connaît notre droit dans la foulée de l'adoption des Chartes, avec la reconnaissance grandissante de la pluralité des perspectives — par exemple, la perspective autochtone — je crois que l'époque des prémisses sous-jacentes dissimulées est maintenant révolue. À mon avis, il faut mettre en lumière ces prémisses afin de favoriser la cohérence de notre droit et l'intégrité de notre système judiciaire.

159
C'est là l'approche que je prônais au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, où la question portait sur l'interprétation du terme «finance». Quoique je n'aie pas dans cet arrêt exposé explicitement tous les détails méthodologiques, j'avais alors eu recours à la méthode d'interprétation «éclairée» (*informed interpretation*) proposée par Bennion en tant que méthode normative pour la common law d'Angleterre (F. A. R. Bennion, *Statutory Interpretation: Codified, with a critical Commentary* (1984), aux pp. 261 à 263 et 557; la formulation de cette méthode a été reprise telle quelle dans Bennion, *Statutory Interpretation: A Code* (2^e éd. 1992), aux pp. 427 à 429):

[TRADUCTION] (1) Il existe une règle de droit (appelée dans le présent Code la règle de l'interprétation éclairée) suivant laquelle l'interprète doit inférer que le législateur, lorsqu'il a arrêté le texte d'une disposition, avait l'intention qu'elle reçoive une interprétation pleinement éclairée plutôt que purement littérale (quoique les deux méthodes produisent habituellement le même résultat).

(2) En conséquence, le tribunal ne décide pas s'il existe ou non quelque doute véritable quant au sens d'une disposition (et, si oui, de quelle façon il doit être dissipé) avant d'avoir d'abord déterminé et examiné, à la lumière des balises de l'intention du législateur, le *contexte* de la disposition, y compris l'ensemble des questions susceptibles d'éclairer le texte et de préciser le sens que le législateur entendait donner à cette disposition dans la situation factuelle de l'affaire en cause.

La règle de l'interprétation éclairée est nécessaire. Si le rédacteur devait formuler la disposition en des termes susceptibles d'être compris par un lecteur ignorant des faits passés et contemporains, ainsi que des principes juridiques (et tout particulièrement des principes d'inter-

more words than is practicable in order to convey the meaning intended. . . .

The informed interpretation rule is to be applied no matter how plain the statutory words may seem at first glance. Indeed the plainer they seem, the more the reader needs to be on guard. A first glance at an enactment is not a fully-informed glance. Without exception, statutory words require careful assessment of themselves and their context if they are to be construed correctly.

One danger of the first glance approach lies in what is sometimes called *impression*. When the human mind comes into contact with a verbal proposition, an impression of meaning is immediately formed. It may be difficult to dislodge.

. . .

For the purpose of applying the informed interpretation rule, the context of an enactment comprises, in addition to the other provisions of the Act containing it, the legislative history of that Act, the provisions of other Acts *in pari materia*, and all facts constituting or concerning the subject-matter of the Act. [Underlining added; italics in original.]

160

What Bennion calls the “informed interpretation” approach is called the “modern interpretation rule” by Sullivan and “pragmatic dynamism” by Eskridge. All these approaches reject the former “plain meaning” approach. In view of the many terms now being used to refer to these approaches, I will here use the term “modern approach” to designate a synthesis of the contextual approaches that reject the “plain meaning” approach. According to this “modern approach”, consideration must be given at the outset not only to the words themselves but also, *inter alia*, to the context, the statute’s other provisions, provisions of other statutes *in pari materia* and the legislative history in order to correctly identify the legislature’s objective. It is only after reading the provisions with all these elements in mind that a definition will be decided on. This “modern” interpretation method has the advantage of bringing out the underlying premises

prétation législative), il lui faudrait alors utiliser beaucoup plus de mots qu’il n’est possible de le faire en pratique pour communiquer le sens recherché . . .

La règle de l’interprétation éclairée doit être appliquée, et ce aussi ordinaires que puissent sembler, au premier regard, les mots utilisés dans la loi. De fait, plus les mots semblent ordinaires, plus le lecteur doit être sur ses gardes. Le premier regard jeté sur un texte législatif n’est pas un regard pleinement éclairé. Dans tous les cas sans exception, il faut, pour bien interpréter les mots utilisés dans une loi, examiner soigneusement les mots ainsi que le contexte.

Un des dangers de la méthode fondée sur le premier regard réside dans ce que l’on appelle parfois l’*impression*. En effet, lorsqu’une personne prend connaissance d’une proposition écrite, il se forme immédiatement dans son esprit une impression du sens à donner à cette proposition. Cette impression peut être difficile à écarter.

. . .

Pour les fins de l’application de la règle de l’interprétation éclairée, le contexte d’une disposition législative comprend, outre les autres dispositions de la loi en question, l’historique législatif de cette loi, les dispositions des autres lois *in pari materia* et tous les faits constituant ou concernant l’objet de la loi. [Je souligne; en italique dans l’original.]

Ce que Bennion appelle l’approche de «l’interprétation éclairée» est nommée [TRADUCTION] «règle d’interprétation moderne» par Sullivan et [TRADUCTION] «dynamisme pragmatique» par Eskridge. Toutes ces approches rejettent l’ancienne approche du «sens ordinaire». Considérant la multiplicité des termes couramment employés pour désigner ces approches, je désignerai ici par «approche moderne» la synthèse des approches contextuelles qui rejettent l’approche du «sens ordinaire». Selon cette «approche moderne», on doit tout d’abord considérer notamment, outre le texte, le contexte, les autres dispositions de la loi, celles des autres lois *in pari materia* et l’historique législatif, afin de cerner correctement l’objectif du législateur. Ce n’est qu’après avoir lu les dispositions avec tous ces éléments présents à l’esprit que l’on s’arrêtera sur une définition. Cette méthode d’interprétation «moderne» a l’avantage de mettre

and thus preventing them from going unnoticed, as they would with the “plain meaning” method.

Since *Hills, supra*, I have continually stressed the importance of using the “modern” interpretation method rather than the former “plain meaning” method:

But, as I said above, a strict textual interpretation is not warranted here. [*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 618.]

The Code, and in particular s. 118(a), should be interpreted in light of all the rules of statutory interpretation, among which the context plays an important part. The pragmatic and functional approach referred to above is the very opposite of a textual and formalistic approach. The analysis of s. 118(a) by my colleague Gonthier J. begins and is primarily concerned with a literal and grammatical interpretation. I definitely cannot agree with such an interpretation, which, in my view, is not appropriate. . . . [*Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 757.]

“Plain meaning” must not be used as an end in itself, particularly where it inevitably leads to absurd results which must be inconsistent with what Parliament would have intended. The thoughts of Justice Shamgar, President of the Supreme Court of Israel (as reproduced in *Selected Judgments of the Supreme Court of Israel*, vol. VIII (1992), at p. 263) strike me as particularly insightful:

. . . language does not govern the purpose, rather it serves it. The law is an instrument for realizing legal policy, and therefore interpretation needs to aim toward emancipating the wording from its semantic bonds, were these to distance it from the legislative purpose which the words are intended to realize.

If ever a case existed for rejecting a tightly tailored “plain meaning” approach in the face of consequences that are both absurd and contrary to the spirit and purpose of the law, it is raised in the present appeal. Of course, it is not for a court to second-guess the wisdom of the legislature since, subject to constitutional constraints, the legislature is entitled to legislate irrationally

en lumière les prémisses sous-jacentes et permet ainsi d'éviter qu'elles passent inaperçues comme ce serait le cas avec la méthode du «sens ordinaire».

Depuis l'arrêt *Hills*, précité, j'ai constamment souligné l'importance d'utiliser la méthode d'interprétation «moderne» plutôt que l'ancienne méthode du «sens ordinaire»:

À tout événement, comme je l'ai déjà dit, il n'est pas justifié d'avoir ici recours à une interprétation stricte fondée sur le texte. [*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 618.]

Le Code, et l'al. 118a) en particulier, se doivent d'être interprétés à la lumière de tous les principes d'interprétation des lois, parmi lesquels le contexte joue un rôle important. La démarche pragmatique et fonctionnelle exposée ci-avant se situe aux antipodes d'une approche qui se voudrait textuelle et formaliste. L'analyse de l'al. 118a) effectuée par mon collègue, le juge Gonthier, débute par et est centrée sur une interprétation littérale et grammaticale. Je ne saurais être d'accord avec un tel mode d'interprétation qui, à mon avis, n'est pas approprié. . . . [*Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, à la p. 757.]

Le recours au «sens manifeste» ne doit pas être une fin en soi, surtout s'il conduit inévitablement à des résultats absurdes qui ne sauraient être compatibles avec ce que le Parlement avait en vue. Les réflexions du juge Shamgar, président de la Cour suprême d'Israël (reproduites dans *Selected Judgments of the Supreme Court of Israel*, vol. VIII (1992), à la p. 263) me paraissent particulièrement éclairantes:

[TRADUCTION] . . . le langage ne détermine pas l'objet, il est à son service. La loi est l'instrument par lequel s'incarne la politique juridique et, partant, son interprétation doit tendre à émanciper les mots de leurs liens sémantiques dans le cas où ceux-ci les éloigneraient de l'objet législatif qu'ils sont censés incarner.

S'il existe un cas où l'on doit rejeter une conception étriquée du «sens manifeste» devant des conséquences à la fois absurdes et contraires à l'objet et à l'esprit de la loi, c'est bien celui du présent pourvoi. Bien sûr, il n'appartient pas au tribunal de remettre en question la sagesse du législateur, puisqu'il lui est loisible, sous réserve des contraintes constitutionnelles, de légiférer de

if it so chooses. Nonetheless, this Court should not adopt an interpretation . . . that would lead to absurd consequences when the mischief intended to be addressed is so poignantly clear. . . . [R. v. *St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at paras. 84 and 91.]

162 The “modern” interpretation method was recognized by Côté, *supra*, at p. 234:

In trying to ascertain legislative intent, the reader must begin with the text chosen by the author as a vehicle for his thoughts. But should he stop there? According to Lord Denning,

Beyond doubt the task of the lawyer — and of the judge — is to find out the intention of Parliament. In doing this, you must, of course, start with the words used in the statute: but not end with them — as some people seem to think.

Two reasons in particular militate in favour of going beyond the enactment. First, as we have seen, the goal of interpretation is more than simply discovering the historic thought of the author of the enactment: it has other goals, and consequently requires a number of factors to be taken into account, such as the consequences of interpretation, which have nothing to do with the text itself. Second, even if we consider that interpretation’s sole purpose is to reveal the thought of the legislator, two principal reasons dictate going beyond the literal method in order to reveal such thought. Firstly, because of what has often been called the “open texture” of language, the literal approach is often not sufficient to dispel all doubts about an enactment’s application. Secondly, the literal approach confines the courts to the explicit component of Parliament’s message: the implicit component, which is derived from the text of the statute, must also be considered in the quest for legislative intent. [Emphasis added.]

163 The “modern” interpretation method has also been recognized in other common law countries: L. M. du Plessis, *The Interpretation of Statutes* (1986), at pp. 55 and 57:

However, all these [various successive stages of interpretation] together with the rules and presumptions applicable to them are *always* at least *implicitly relevant*

façon irrationnelle si tel est son bon vouloir. Néanmoins, notre Cour ne devrait pas adopter une interprétation [...] qui entraînerait des conséquences absurdes lorsque le problème qu’on veut corriger est d’une clarté aussi criante . . . [R. c. *St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, aux par. 84 et 91.]

La méthode d’interprétation «moderne» a été reconnue par Côté, *op. cit.*, aux pp. 260 et 261:

Si le travail de l’interprète consiste, selon la doctrine officielle de l’interprétation, à découvrir la pensée du législateur, l’interprétation doit commencer par l’étude du texte que l’auteur a rédigé pour communiquer ses idées.

L’interprète doit-il cependant s’arrêter là? Sur ce point, nous partageons l’avis de Lord Denning:

Sans aucun doute, la tâche de l’avocat et du juge est de découvrir l’intention du législateur. Pour y parvenir, il faut, assurément, partir des termes de la loi, mais non s’en tenir là, comme d’aucuns semblent le penser.

On doit absolument dépasser le texte, pour deux raisons en particulier. La première, c’est que, comme on l’a vu, l’objectif de l’interprétation ne consiste pas uniquement à découvrir la pensée historique de l’auteur du texte: l’interprétation poursuit d’autres objectifs et exige donc la prise en considération de facteurs, telles les conséquences de l’interprétation, qui n’ont rien à voir avec la formulation du texte. Deuxièmement, même si l’on devait concevoir l’interprétation comme ayant pour seul objectif la découverte de la pensée du législateur, deux raisons principales justifieraient que l’on ne se limitât pas à la méthode littérale pour découvrir cette pensée. D’abord, à cause de ce que l’on a appelé la «texture ouverte» du langage, la seule approche littérale souvent ne permet pas de dissiper les doutes que soulève l’application d’un texte. Deuxièmement, l’approche littérale ne permet de tenir compte que de la partie expresse de la communication légale: la partie implicite, celle qui se dégage du contexte global de l’énonciation légale, doit également être prise en considération si l’on veut reconstituer la pensée du législateur. [Je souligne.]

La méthode d’interprétation «moderne» a aussi été reconnue ailleurs dans les pays de common law: L. M. du Plessis, *The Interpretation of Statutes* (1986), aux pp. 55 et 57:

[TRADUCTION] Toutefois, toutes ces [étapes successives de l’interprétation] conjuguées aux règles et présomptions qui leur sont applicables sont *toujours* au moins

in the sense that they must be borne in mind even if their applicability to the interpretation of a specific provision of an enactment is quite self-evident, and even if the "correct" answers to the questions of understanding they raise, can be arrived at intuitively.²⁹

The presumptions are to serve as basic guidelines throughout the process of interpretation. Because due cognisance of the operation of the presumptions is not necessarily a clearly discernible first stage in the process of interpretation, since the presumptions obtain throughout all the stages of interpretation, the interpreter should be conscious of their existence, contents and operation right from the outset. This awareness of the presumptions should underlie his step by step interpretation of the enactment, carrying him through the various stages involved, and guiding him in the "right direction".

During this first stage of interpretation recourse may as a rule be had to dictionaries to ascertain the "ordinary meaning" of words or expressions. . . . An interpreter may, as a matter of fact, by no means remain with the result obtained by applying this rule even though "the language of the enactment is (ostensibly) clear". . . . The real meaning of an enactment may in fact remain hidden to an interpreter who adheres merely to "clear language" or who qualifies this language — if it happens not to be so clear — without due cognisance of all the other co-equal structural elements which constitute the overall context of meaning within which the enactment prevails. [Underlining added; italics in original.]

²⁹ "Purely" or unbridled intuitive interpretation is of course at its best a risky business, and an interpreter would do best rather to obey the norms applicable to the various stages of interpretation as meticulously as possible. . . .

Finally, the "modern" interpretation method was reformulated in Canada by Professor R. Sullivan: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the pur-

implicite^{ment} pertinentes en ce sens qu'il faut en tenir compte même si leur applicabilité à l'interprétation d'une disposition donnée d'un texte de loi est en soi tout à fait évidente, et même s'il est possible de trouver intuitivement les «bonnes» réponses aux questions de compréhension qu'elles soulèvent²⁹.

Les présomptions doivent servir de lignes directrices fondamentales tout au long du processus d'interprétation. Puisqu'une connaissance suffisante du fonctionnement des présomptions n'est pas nécessairement une première étape évidente du processus d'interprétation, étant donné que les présomptions peuvent entrer en application à toute étape de l'interprétation, l'interprète devrait dès le départ être conscient de leur existence, de leur contenu et de leur fonctionnement. Cette connaissance des présomptions devrait être à la base de son interprétation par étapes de la disposition législative, elle devrait le guider à travers les diverses étapes en cause et l'orienter dans la «bonne direction».

Au cours de cette première étape d'interprétation, on peut en règle générale avoir recours aux dictionnaires pour déterminer le «sens ordinaire» des mots ou expressions. [. . .] De fait, un interprète ne peut en aucune façon s'en tenir au résultat obtenu en appliquant cette règle, même si le «texte de la disposition est (manifestement) clair». [. . .] Le sens véritable d'une disposition peut en fait demeurer invisible à l'interprète qui s'en tient uniquement au «langage clair» ou s'il nuance ce langage — dans les cas où la disposition n'est pas aussi claire — sans une connaissance suffisante de tous les autres éléments structurels de valeur égale qui constituent le contexte global du sens dans lequel s'inscrit la disposition. [Je souligne; en italique dans l'original.]

²⁹ Il va de soi qu'une interprétation «purement» ou absolument intuitive constitue, dans le meilleur des cas, un exercice risqué, et il est préférable, aux diverses étapes de l'interprétation, que l'interprète obéisse aussi méticuleusement que possible aux normes applicables. . . .

Enfin, la méthode d'interprétation «moderne» a été reformulée au Canada par la professeure R. Sullivan: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 131:

[TRADUCTION] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus d'interpréter un texte législatif dans son contexte global, en tenant

pose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the legislative text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the legislative purpose; and (c) its acceptability, that is, the outcome is reasonable and just. [Emphasis added.]

165 However, since *Hills* this Court has wavered between the former “plain meaning” method and the “modern” interpretation method. For example, in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 21, Lamer C.J., speaking for the majority, used the former method, quoting the second edition of Driedger, *supra*, at p. 87, with approval:

In the construction of statutes their words must be interpreted in their ordinary grammatical sense, unless there be something in the context, or in the object of the statute in which they occur, or in the circumstances with reference to which they are used, to show that they were used in a special sense different from their ordinary grammatical sense.

166 However, in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, Lamer C.J. came around to an interpretation based on the “modern” method, that is, an interpretation that rejected the “plain meaning” of the term “unlawful act” under s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*. That interpretation is part of a line of decisions that originated with *R. v. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18; see *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at pp. 958-59. Although in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 14, Lamer C.J. stated that his support for the “modern” method was based on the presumption of constitutionality, that presumption is not actually the basis for the line of decisions in question. Moreover, in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, Gonthier J., writing for the majority, used the “modern” contextual interpretation method.

compte de l'objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte législatif. Cela fait, ils doivent ensuite adopter l'interprétation qui est appropriée. L'interprétation appropriée est celle qui peut être justifiée en raison a) de sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité avec le texte législatif; b) de son efficacité, dans le sens où elle favorise la réalisation de l'objet du texte législatif; et c) de son acceptabilité, dans le sens où le résultat est raisonnable et juste. [Je souligne.]

Cependant, depuis l'arrêt *Hills*, notre Cour a oscillé entre l'ancienne méthode du «sens ordinaire» et la méthode de l'interprétation «moderne». Par exemple, dans l'arrêt *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au par. 21, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a fait usage de l'ancienne méthode en citant avec approbation la deuxième édition de Driedger, *op. cit.*, à la p. 87:

[TRADUCTION] Dans l'interprétation des lois, on doit donner aux termes leur sens grammatical ordinaire, à moins que quelque chose dans le contexte, ou dans l'objet visé par la loi où ils figurent, ou encore dans les circonstances où ils sont employés, n'indique qu'ils ont été employés dans un sens spécial et différent de leur acception grammaticale ordinaire.

Mais dans *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, le juge en chef Lamer s'était rallié à une interprétation faite selon la méthode «moderne», c'est-à-dire rejetant le «sens ordinaire», des termes «acte illégal» de l'al. 222(5)(a) du *Code criminel*. Cette interprétation s'inscrit dans un courant jurisprudentiel qui prend sa source dans l'arrêt *R. c. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18; voir *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, aux pp. 958 à 959. Quoique dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, au par. 14, le juge en chef Lamer ait précisé qu'il avait fondé son adhésion à la méthode «moderne» sur la présomption de constitutionnalité, il demeure que cette présomption de constitutionnalité n'est pas le fondement du courant jurisprudentiel en question. Par ailleurs, dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, le juge Gonthier au nom de la majorité a eu recours à la méthode d'interprétation contextuelle «moderne».

This Court subsequently used the “modern” interpretation method again: in *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, at para. 68, that method, as formulated by Professor Sullivan, was cited with approval by my colleague Iacobucci J.:

In order to arrive at the correct interpretation of statutory provisions, the words of the text must be read in context: see *Driedger on the Construction of Statutes* [3rd ed. 1994], at p. 193, and Côté, *supra*, at p. 257.

The “modern” method was also used by this Court in *McIntosh*, *supra*, at paras. 58-59, where my colleague McLachlin J. stated the following in dissent:

But even if the words were plain, the task of interpretation cannot be avoided. As *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) puts it at p. 4, “no modern court would consider it appropriate to adopt that meaning, however “plain”, without first going through the work of interpretation”.

The point of departure for interpretation is not the “plain meaning” of the words, but the intention of the legislature. . . . To quote *Driedger, supra*, at p. 3: “The purpose of the legislation must be taken into account, even where the meaning appears to be clear, and so must the consequences”. . . . The plain meaning of the words, if such exists, is a secondary interpretative principle aimed at discerning the intention of the legislator.

However, this Court now seems to have returned to the former “plain meaning” method in *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550, at paras. 21-22:

While the parties’ use of these various interpretive techniques is adept, a full discussion of these techniques is unnecessary to the resolution of this appeal. This is so because the language and context of the provisions in question make their meaning clear.

To state the obvious, the first step in a question of statutory interpretation is always an examination of the language of the statute itself. As E. A. Driedger wrote in his text, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

167
Notre Cour a ensuite réutilisé la méthode «moderne»: dans l’arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, au par. 68, cette méthode est citée avec approbation par mon collègue le juge Iacobucci, telle que formulée par la professeure Sullivan:

Afin d’interpréter correctement les dispositions d’un texte de loi, il faut en examiner les mots en contexte: voir *Driedger on the Construction of Statutes* [3^e éd. 1994], à la p. 193, et Côté, *op. cit.*, à la p. 287.

168
La méthode «moderne» a aussi été utilisée par notre Cour dans l’arrêt *McIntosh*, précité, aux par. 58 et 59, où ma collègue le juge McLachlin, dissidente, s’exprimait ainsi:

Cependant, même si les termes étaient clairs, l’exercice d’interprétation ne peut être évité. Comme on l’affirme dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994) à la p. 4, [TRADUCTION] «aucun tribunal moderne ne considérerait comme approprié d’adopter ce sens, aussi «clair» soit-il, sans tout d’abord faire un exercice d’interprétation».

Le point de départ de l’exercice d’interprétation n’est pas le «sens ordinaire» des mots, mais l’intention du législateur. [. . .] Comme on le dit dans *Driedger, op. cit.*, à la p. 3: [TRADUCTION] «Il faut tenir compte, de l’objet de la loi, même dans le cas où son sens paraît clair, ainsi que de ses conséquences.» [. . .] La détermination du sens ordinaire des termes, en admettant qu’on puisse le dégager, est un principe secondaire d’interprétation qui vise à déterminer quelle était l’intention du législateur.

169
Mais notre Cour semble maintenant revenir à l’ancienne méthode du «sens ordinaire» dans l’arrêt *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550, aux par. 21 et 22:

Bien que les parties aient utilisé ces diverses techniques d’interprétation de façon experte, il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse complète de ces techniques pour régler le présent pourvoi. Il en est ainsi parce que le libellé et le contexte des dispositions en question en rendent le sens clair.

De toute évidence, pour répondre à une question d’interprétation de la loi, il faut toujours commencer par examiner le texte même de la loi en cause. Comme l’a écrit E. A. Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87:

In the construction of statutes their words must be interpreted in their ordinary grammatical sense, unless there be something . . . to show that they were used in a special sense different from their ordinary grammatical sense.

[TRADUCTION] Dans l'interprétation des lois, on doit donner aux termes leur sens grammatical ordinaire, à moins que quelque chose dans le contexte, ou dans l'objet visé par la loi où ils figurent, ou encore dans les circonstances où ils sont employés, n'indiquent qu'ils ont été employés dans un sens spécial et différent de leur acception grammaticale ordinaire.

170

The fact that this Court is wavering at random between the former "plain meaning" method and the "modern" contemporary method introduces uncertainty into the law as far as this methodological point is concerned. What method should jurists use? As things stand at the moment, the answer is at best obscure. If the courts randomly choose one of the two interpretation methods depending on the desired result, then the activity of legal interpretation is reduced to an arbitrary exercise whose result is unpredictable. In so far as such an undesirable situation prevails, the comment on methodology made by Philp J.A., writing for a unanimous panel of the Manitoba Court of Appeal in *Judges of the Provincial Court (Man.) v. Manitoba* (1995), 102 Man. R. (2d) 51, at p. 69, is appropriate:

Le fait que notre Cour oscille, de façon aléatoire, entre l'ancienne méthode du «sens ordinaire» et la méthode contemporaine «moderne», a pour effet d'introduire de l'incertitude dans le droit en ce qui concerne cet aspect méthodologique. Quelle méthode les juristes devraient-ils utiliser? Dans l'état actuel des choses, la réponse est pour eux, au mieux, obscure. Si les tribunaux choisissent l'une ou l'autre des deux méthodes d'interprétation de façon aléatoire en fonction du résultat souhaité, alors l'activité d'interprétation juridique est rabaisée à un exercice arbitraire dont le résultat est imprévisible. Dans la mesure où une telle situation indésirable prévaut, le commentaire méthodologique du juge Philp de la Cour d'appel du Manitoba qui s'exprimait au nom d'un banc unanime, dans l'affaire *Judges of the Provincial Court (Man.) c. Manitoba* (1995), 102 Man. R. (2d) 51, à la p. 69, est approprié:

The . . . argument is a Humpty-Dumpty-like exercise in making words mean what they want them to mean ("When I use a word", Humpty-Dumpty said, in a rather scornful tone, "it means just what I choose it to mean — neither more nor less." Lewis Carroll, *Through the Looking-Glass*, Chapter 6). [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'argument [. . .] est une interprétation à la Humpty-Dumpty du fait que l'on confère aux termes le sens que l'on veut bien qu'ils aient («Quand moi, j'emploie un mot», déclare Humpty-Dumpty, d'un ton assez dédaigneux, «il veut dire exactement ce qu'il me plaît qu'il veuille dire — ni plus ni moins». Lewis Carroll, *De l'autre côté du miroir*, chapitre 6). [Je souligne.]

171

With respect to this idea of a Humpty-Dumpty-like interpretation exercise, see also generally: *Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 405 (Man. C.A.), at p. 408; *Bodnar v. Real Estate Council of British Columbia* (1994), 121 D.L.R. (4th) 27 (B.C.C.A.), at p. 37. A Humpty-Dumpty-like interpretation exercise is actually nothing more than an interpretation based on random or vague rules or solely on intuition or unrationalized impressions, or one that fails to consider the underlying premises of legal reasoning. It

En ce qui concerne cette notion de l'exercice d'interprétation à la Humpty-Dumpty, voir aussi généralement: *Roynat Inc. c. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 405 (C.A. Man.), à la p. 408; *Bodnar c. Real Estate Council of British Columbia* (1994), 121 D.L.R. (4th) 27 (C.A.C.-B.), à la p. 37. Un exercice d'interprétation à la Humpty-Dumpty n'est en fait rien d'autre qu'une interprétation fondée sur des règles aléatoires ou floues, ou qui est accomplie uniquement de façon intuitive ou en se fondant sur des impressions non rationalisées, ou encore en omettant de considérer les prémisses sous-jacentes du raisonne-

goes without saying that the courts must avoid this type of interpretation exercise.

In light of the dynamic development of our law, the plurality of perspectives on legal analysis, the methodological problems presented by the “plain meaning” and the growing international recognition of all these factors, I believe that it is time to abandon the former “plain meaning” method in Canada and, from now on, to use the “modern” method as the basic approach to legal interpretation. That is what I now intend to do in the case at bar.

However, before beginning that analysis, it is important to consider two methodological caveats. First, the “modern” interpretation method must not be taken further than it can go. It seems to me that the “pragmatic dynamism” approach suggested by Eskridge could lead to such excess if carried too far. Eskridge has stated the following, *supra*, at p. 50:

Aristotle urged that application of general statutes to unanticipated cases requires the interpreter “to correct the omission — to say what the legislator would have said had he been present, and would have put into law if he had known”.

An Aristotelian approach to statutory interpretation is suggested by the American pragmatic tradition. Pragmatism argues that there is no “foundationalist” (single overriding) approach to legal issues. Instead, the problem solver should consider the matter from different angles, applying practical experience and factual context before arriving at a solution. Practical experience in both Europe and the United States suggests that when statutory interpreters apply a statute to specific situations, the interpreter asks “not only what the statute means abstractly, or even on the basis of legislative history, but also what it ought to mean in terms of the needs and goals of our present day society”.

... [My pragmatist-inspired] argument is based on an Aristotelian theory of application and changed circumstances: a statute is relatively abstract until it is applied to a specific situation. Especially over time, the circumstances will not be ones that the statute or its drafters

ment juridique. Il va de soi que les tribunaux doivent éviter ce genre d'exercice d'interprétation.

172
Considérant l'évolution dynamique de notre droit, la pluralité des perspectives d'analyse juridique, les problèmes d'ordre méthodologique que pose le «sens ordinaire» et la reconnaissance grandissante de tous ces facteurs à l'échelle internationale, j'estime qu'au Canada il est temps d'abandonner l'ancienne méthode du «sens ordinaire», et d'utiliser désormais la méthode dite «moderne», en tant qu'approche de base en interprétation juridique. C'est ce que je me propose maintenant de faire en ce qui concerne le cas d'espèce.

173
Mais avant de s'engager dans cette analyse, il est important de considérer deux *caveat* méthodologiques. Premièrement, il ne faut pas pousser la méthode «moderne» au-delà de ce qu'elle est capable de donner. L'approche du «dynamisme pragmatique» mise de l'avant par Eskridge me semble pouvoir potentiellement conduire à un tel excès si on l'appliquait de façon trop poussée. En effet, selon Eskridge, *op. cit.*, à la p. 50:

[TRADUCTION] Aristote a insisté sur le fait que l'application de lois générales à des situations imprévues exige de l'interprète qu'il «corrige l'omission — qu'il dise ce que le législateur aurait dit s'il avait été présent et ce qu'il aurait inscrit dans la loi s'il avait été au courant».

La tradition pragmatique américaine suggère une analyse aristotélicienne en matière d'interprétation législative. Le pragmatisme veut qu'il n'existe aucune méthode fondamentale (dominante et unique) d'analyse des questions de droit. Au contraire, la personne appelée à régler le problème devrait plutôt examiner la question sous divers angles, et tenir compte de l'expérience pratique et du contexte factuel avant d'arriver à une solution. L'expérience pratique, tant en Europe qu'aux États-Unis [...], suggère que l'interprète législatif qui applique une loi à des situations données doit se demander «non seulement quel est le sens de la loi dans l'abs-trait, ou même à la lumière de l'historique législatif, mais aussi son sens en fonction des besoins et des objectifs de la société actuelle».

... [Mon] argument [inspiré par le pragmatisme] se fonde sur la théorie, préconisée par Aristote, de l'application de la loi en fonction de l'évolution des circonstances: une loi est relativement abstraite jusqu'à ce qu'elle soit appliquée à une situation donnée. En effet,

contemplated, and any application of the statute will be dynamic in a weak sense, going beyond the drafters' expectations. Sometimes the circumstances will be materially different from those contemplated by the statutory drafters, and in that event any application of the statute will be dynamic in a strong sense, going against the drafters' expectations, which have been negated because important assumptions have been undone. [Underlining added; italics in original.]

174 This “pragmatic dynamism” approach has recently been commented on as follows in Canadian academic literature (P. Michell, “Just Do It! Eskridge’s Critical Pragmatic Theory of Statutory Interpretation” (1996), 41 *McGill L.J.* 713, at p. 731):

At the core of this approach is a healthy scepticism about all theoretical approaches and a measure of uncertainty as to whether the answer chosen is the correct one. At the same time, however, critical pragmatism is concerned to get the job done, not to equivocate or temporize. Seen from this perspective, the essential problem of statutory interpretation is to apply a general, abstract statutory provision to a concrete factual situation. Circumstances often arise which the enacting legislators did not or could not have contemplated. Interpreters, on this account, must do what works best, by reference to the “web of beliefs” that surround a statute. [Emphasis added.]

175 In my view, Eskridge’s “pragmatic dynamism” provides the judiciary with a justification for manufacturing interpretations that are diametrically opposed to the clear purpose of a statute. Eskridge based this approach on an opinion expressed by Aristotle in his *Nicomachean Ethics*. Yet that opinion tends to diverge from the rule of law and *état de droit* concepts as they are accepted today in our democratic societies. To avoid basing the development of our judicial system on unsound theoretical foundations, we must therefore be extremely cautious about sociopolitical opinions expressed by the classical authors. For an example of the many complications created by the use of the classical authors’ sociopolitical opinions in the law, see generally M. C. Nussbaum, “Platonic Love and Colorado Law: The Relevance of

avec le passage du temps, les circonstances ne seront pas celles que la loi ou ses rédacteurs avaient prévues, et toute application de cette loi sera dynamique dans un sens faible, allant au-delà des prévisions des rédacteurs. Les circonstances seront parfois considérablement différentes de celles envisagées par les rédacteurs d’une loi; dans un tel cas, l’application de la loi sera dynamique dans un sens fort, allant à l’opposé des prévisions des rédacteurs, qui se trouvent réduites à néant du fait que d’importantes prémisses ont été invalidées. [Je souligne; en italique dans l’original.]

Cette approche de «dynamisme pragmatique» a récemment fait l’objet des commentaires suivants dans la littérature académique canadienne (P. Michell, «Just Do It! Eskridge’s Critical Pragmatic Theory of Statutory Interpretation» (1996), 41 *R.D. McGill* 713, à la p. 731):

[TRADUCTION] Cette approche repose sur un scepticisme sain à l’égard de toutes les approches théoriques et sur un certain degré d’incertitude quant à savoir si la réponse choisie est la bonne. D’un autre côté, l’objectif du pragmatisme critique est d’accomplir le travail et non d’équivoquer ou de temporiser. Vu sous cet angle, le problème fondamental de l’interprétation législative est l’application d’une disposition législative générale et abstraite à une situation factuelle concrète. Il se présente souvent des circonstances que le législateur n’avait pas prévues et ne pouvait pas prévoir. Pour cette raison, l’interprète doit retenir la solution la plus efficace eu égard à l’ensemble des convictions qui trament la toile de fond de la loi. [Je souligne.]

Ce «dynamisme pragmatique» d’Eskridge a, à mon avis, pour effet de fournir au judiciaire un fondement justificatif pour manufacturer des interprétations diamétralement opposées à l’objet manifeste d’une loi. Eskridge fonde cette approche sur une opinion exprimée par Aristote dans son *Éthique de Nicomaque*. Or, cette opinion a une tendance divergente par rapport aux concepts de règle de droit et d’état de droit tels que nous les acceptons aujourd’hui dans nos sociétés démocratiques. Nous devons donc conserver une attitude extrêmement circonspecte par rapport aux opinions socio-politiques exprimées par les auteurs classiques, afin d’éviter de fonder le développement de notre système judiciaire sur un soubassement théorique lézardé. Pour un exemple des myriades de complications créées par l’usage en

Ancient Greek Norms to Modern Sexual Controversies" (1994), 80 *Va. L. Rev.* 1515.

On the other hand, when it comes to pure methodology — such as Aristotelian-Thomist formal logic and the Socratic method — having recourse to the classical authors is obviously fully justified, *inter alia* in developing methods of legal interpretation. As correctly noted by Professor Nussbaum, the discipline of law could benefit from greater methodological rigor ("The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education" (1993), 45 *Stan. L. Rev.* 1627, at pp. 1637-38):

Philosophy does not just conduct inquiries into specific topics; it also turns round and examines itself, asking what belief and knowledge are, what rationality is, what interpreting a text is, what methods are and are not conducive to understanding. Once again, this explicitness and rigor seems to me to have a great deal to offer to the law, which inevitably talks about evidence and knowledge, about interpretation and objectivity, and about the nature of rationality. The point is not that philosophers have some secret key to these difficult questions, but that they spend their whole lives working on them, whereas lawyers rarely spend much time on them at all. So there is at least some chance that philosophers' more systematic and detailed inquiries will offer something to the lawyer.

Law has become methodologically philosophical in some areas, in particular, in the debates about interpretation in constitutional law. But this self-scrutiny could be extended much further and could be pursued more rigorously, with benefit to all. [Emphasis added.]

The second methodological caveat is as follows. It is clear that the "plain meaning" method, with its methodological estoppel that prevents the initiation of legal reasoning, can be used in situations in which it is justified and does not have undesirable

droit des opinions socio-politiques des auteurs classiques, voir généralement M. C. Nussbaum, «Platonic Love and Colorado Law: The Relevance of Ancient Greek Norms to Modern Sexual Controversies» (1994), 80 *Va. L. Rev.* 1515.

Par contre, en ce qui concerne la méthodologie pure — par exemple, la logique formelle aristotélienne-thomiste et la méthode socratique — le recours aux auteurs classiques est évidemment pleinement justifié notamment dans l'élaboration des méthodes d'interprétation juridique. Comme le souligne avec justesse la professeure Nussbaum, la discipline juridique pourrait tirer avantage d'une plus grande rigueur méthodologique («The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education» (1993), 45 *Stan. L. Rev.* 1627, aux pp. 1637 et 1638):

[TRADUCTION] La philosophie ne se limite pas à l'investigation de questions spécifiques; elle se livre également à une introspection et s'interroge sur ce que sont les croyances et les connaissances, sur ce qu'est la rationalité, sur ce qu'est l'interprétation d'un texte, sur l'identité des méthodes propres à permettre la compréhension d'une question. Une fois de plus, ce caractère explicite et cette rigueur semblent, à mon avis, avoir beaucoup à offrir au droit, discipline où il est inévitablement question de preuve et de connaissances, d'interprétation et d'objectivité, et de la nature de la rationalité. Ce n'est pas que les philosophes possèdent une solution secrète à ces questions difficiles, mais plutôt qu'ils passent leur vie à les examiner, alors que les avocats y consacrent rarement beaucoup de temps. En conséquence, il existe au moins une possibilité que les recherches plus systématiques et détaillées des philosophes apportent quelque chose à l'avocat.

Le droit participe maintenant de la philosophie sur le plan méthodologique dans certains domaines, tout particulièrement dans les débats d'interprétation en droit constitutionnel. Cependant, cette introspection pourrait être élargie encore d'avantage et poursuivie avec plus de rigueur, pour le bénéfice de tous. [Je souligne.]

Le deuxième *caveat* méthodologique est le suivant. Il est évident que la méthode du «sens ordinaire», avec sa préclusion méthodologique qui empêche l'enclenchement du raisonnement juridique, peut être utilisée dans des cas où elle est

side effects. I am thinking, for example, of the area of tax law, in which our case law clearly establishes that the basic approach is that involving the "plain meaning" rule: *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at para. 14 (*per Cory J.*):

The appropriate principles to be considered in interpreting taxation legislation were clearly set out in *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103. . . .

In interpreting sections of the *Income Tax Act*, the correct approach, as set out by Estey J. in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, is to apply the plain meaning rule.

178

What are the underlying reasons for such an approach in taxation? In *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, my colleague Gonthier J. set out the social and economic policy reasons in an analysis returned to by my colleague La Forest J. in *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 56:

In . . . *Notre-Dame de Bon-Secours* . . . my colleague Gonthier J. clarified the proper rules governing the interpretation of tax legislation. After explaining the underlying principles of the traditional rule providing for a strict construction of fiscal statutes, he analyzed the evolution that had occurred on the issue during the past decade. As he explained . . . this evolution was the logical consequence of the recognition of the social and economic purposes of such legislation. . . . Gonthier J. held, at p. 17:

[T]here is no longer any doubt that the interpretation of tax legislation should be subject to the ordinary rules of construction. . . . "[T]he words of an Act are to be read in their entire context and in their . . . ordinary sense. . . ." [Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.] [Emphasis added.]

179

From the standpoint of the methodology of legal interpretation, it must be borne in mind that tax law is a technical field that has a language of its own, since it is, along with accounting and management, part of what may generally be called "the

justifiée et où elle n'engendre pas d'effets secondaires indésirables. Je pense par exemple au domaine du droit fiscal, où notre jurisprudence établit clairement que l'approche de base est la règle du «sens ordinaire»: *Alberta (Treasury Branches) c. M.N.R.*, [1996] 1 R.C.S. 963, au par. 14 (le juge Cory):

Les principes dont il faut tenir compte dans l'interprétation des lois fiscales sont clairement énoncés dans l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103 . . .

Pour interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il convient, comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, d'appliquer la règle du sens ordinaire.

Quelles sont les raisons qui sous-tendent une telle approche en fiscalité? Mon collègue le juge Gonthier a exposé les raisons du point de vue de la politique sociale et économique dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, dans une analyse reprise par mon collègue le juge La Forest dans l'arrêt *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, au par. 56:

Dans l'arrêt [. . .] *Notre-Dame de Bon-Secours* [. . .] mon collègue le juge Gonthier apporte des éclaircissements quant aux règles qui doivent régir l'interprétation des lois fiscales. Après avoir expliqué les principes qui sous-tendent la règle traditionnelle voulant que les lois fiscales soient interprétées strictement, il a analysé l'évolution qui avait eu lieu à cet égard au cours de la dernière décennie. Comme il l'a indiqué [. . .] cette évolution était la conséquence logique de la reconnaissance des objectifs sociaux et économiques de ces lois. [. . .] [L]e juge Gonthier conclut, à la p. 17:

Il ne fait plus de doute (. . .) que l'interprétation des lois fiscales devrait être soumise aux règles ordinaires d'interprétation. [. . .] [TRADUCTION] «[I]l faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire . . .» [Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87.] [Je souligne.]

Du point de vue de la méthodologie d'interprétation juridique, on doit garder à l'esprit que le droit fiscal est un domaine technique qui, faisant partie avec la comptabilité et le management de ce qu'il convient d'appeler en général «le monde des

business world". Professor A. Belkaoui, Working Paper 76-7, *Linguistic Relativism in Accounting* (1976), at pp. 1, 9 and 11, has demonstrated this very clearly:

Accounting is the language of business. It represents phenomena in the business world as language represents phenomena in the real world. Both linguistics and accounting have a great number of similarities.

. . .

"(Accounting) is a language with a special vocabulary aimed at conveying the financial story of organizations. To understand corporate annual reports, a reader must learn the fundamentals of the language" (Horngren, 1974, p. 70).

. . .

"As is the case with language, accounting has many dialects. There are differences in terminology and practice among industries and among companies within industries. . . ." (Anthony and Rose, 1975, p. 12).

. . .

Symbolic representations do exist in accounting. For example, McDonald (1972, p. 6) identified numeral[s] and words, and, debit and credit, as symbols respectively accepted and unique to the accounting discipline. Hence, the terms used to portray accounting postulates and principles, such as materiality, going concern, conservatism, etc. . . . have a meaning unique to the accounting field. [Emphasis added.]

It is evident from this analysis that terms generally used in the business world, including taxation terms, have a meaning unique to the business world. Since the business world occupies such an important place and has such profound ramifications in our society, there are a great many terms of business language that have already been precisely defined by those working in the field. In fact, taxation terms often have definitions that have been clearly established through empirical means, that are generally recognized and accepted

affaires», dispose en fait de son langage propre. Le professeur A. Belkaoui, Working Paper 76-7, *Linguistic Relativism in Accounting* (1976), aux pp. 1, 9 et 11, démontre cet état de choses de façon claire:

[TRADUCTION] La comptabilité est le langage des affaires. Elle exprime les phénomènes du monde des affaires, tout comme le langage exprime les phénomènes du monde qui nous entoure. La linguistique et la comptabilité présentent un grand nombre de similarités.

. . .

«(La comptabilité) est un langage doté d'un vocabulaire spécial visant à décrire le portrait financier des organisations. Pour bien comprendre les rapports annuels des sociétés, le lecteur doit apprendre les rudiments de ce langage» (Horngren, 1974, à la p. 70).

. . .

«Tout comme le langage, la comptabilité compte bon nombre de dialectes. Il existe des différences sur le plan de la terminologie et des pratiques entre les divers secteurs industriels ainsi qu'entre les entreprises au sein d'un même secteur . . . » (Anthony and Rose, 1975, à la p. 12).

. . .

La représentation symbolique existe effectivement en comptabilité. Par exemple, McDonald (1972, à la p. 6) a décrit les chiffres et les mots, le débit et le crédit, comme étant des symboles respectivement reconnus et propres au domaine de la comptabilité. En conséquence, les mots utilisés pour décrire des postulats et des principes comptables tels que l'importance relative, l'entreprise en exploitation, la prudence, et ainsi de suite [. . .] ont un sens particulier au domaine de la comptabilité. [Je souligne.]

Il ressort de cette analyse que les termes généralement utilisés en affaires, y compris les termes de fiscalité, ont un sens particulier dans le monde des affaires. Or, le monde des affaires occupant une place si importante, et ayant des ramifications si profondes dans notre société, il y a un grand nombre de termes de son langage qui sont déjà définis de façon précise par les intervenants qui œuvrent dans le domaine. Les termes utilisés en fiscalité ont en fait dans bien des cas des définitions soit clairement établies de façon empirique, soit géné-

or that have been standardized by various bodies: see, for example, the dozens of specialized dictionaries and glossaries in taxation, accounting and management. See also, *inter alia*, the *CICA Handbook* and *The Accountant's Manual* of the Canadian Institute of Chartered Accountants. See also, from the Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec, *Guide de la saine gestion des entreprises et des organisations (Principes d'administration et de gestion généralement reconnus)* (2nd ed. 1992), c. 1 "références lexicologiques", section 1.1-1, the purpose of which is [TRANSLATION] "to ensure uniformity in how concepts are understood and to limit how they are interpreted".

ralement reconnues et acceptées, ou encore normalisées par divers organismes: voir, par exemple, les douzaines de dictionnaires et lexiques spécialisés en fiscalité, comptabilité et management. Voir aussi notamment à titre d'exemple le *Manuel de l'ICCA* et *The Accountant's Manual* de l'Institut canadien des comptables agréés. Voir aussi de la Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec, *Guide de la saine gestion des entreprises et des organisations (Principes d'administration et de gestion généralement reconnus)* (2^e éd. 1992), ch. 1 «références lexicologiques», section 1.1-1, dont le but est «d'uniformiser la compréhension des concepts et d'en limiter l'interprétation».

181 Thus, the "plain meaning" used by this Court in the taxation field is actually the "plain meaning as already defined by the business world". But there is more. Not only have the terms already been defined by the business community, but terminological and lexicographic research is being done in that field and published in specialized literature. See, for example, Professor C. Nobes' nine-language comparative analysis ("The True and Fair View Requirement: Impact on and of the Fourth Directive" (1993), 24 *Accounting and Business Research* 35) of the expression "a true and fair view", which financial statements are required to present, in the context of the law applicable in the 12 European Economic Community countries.

Donc, le «sens ordinaire» que notre Cour utilise dans le domaine fiscal est en fait le «sens ordinaire tel que défini préalablement par le monde des affaires». Mais il y a plus. Non seulement les termes sont-ils déjà définis par le milieu, mais de plus, il y a de la recherche terminologique et lexicographique qui s'y fait et qui est publiée dans la littérature spécialisée. Voir par exemple l'analyse du professeur C. Nobes («The True and Fair View Requirement: Impact on and of the Fourth Directive» (1993), 24 *Accounting and Business Research* 35), où l'expression selon laquelle les états financiers doivent donner «une image fidèle» fait l'objet d'une analyse linguistique comparative, en neuf langues, dans le cadre du droit applicable dans les 12 pays de la communauté économique européenne.

182 It is thus the business world itself that develops its own contextualized definitions based on what is here being called the "modern" method. This Court then uses those definitions as what it views as the "plain meaning" generally accepted in the business world. The "plain meaning" method in taxation relies on methodological estoppel, which prevents us from initiating any reasoning on legal interpretation because those working in the field have already carried out the relevant analyses in situations in which we consider that there is a "plain meaning". In situations in which there is no "plain meaning" or there is ambiguity, this Court

C'est donc le monde des affaires lui-même qui élabore ses propres définitions contextualisées selon ce que nous appelons ici la méthode «moderne». Notre Cour utilise ensuite ces définitions-là selon ce qui devient, de notre point de vue, le «sens ordinaire» généralement accepté dans le monde des affaires. Avec le «sens ordinaire» en fiscalité, nous avons recours à la préclusion méthodologique qui nous empêche d'enclencher le raisonnement d'interprétation juridique, parce que les analyses pertinentes ont déjà été faites par les intervenants du milieu dans les cas où il y a, pour nous, un «sens ordinaire». Dans les cas où il n'y a

must then define the term in question by engaging in legal interpretation.

In summary, the “plain meaning” rule is justified in taxation because of the imperatives of stability and predictability of the law; moreover, the use of the “plain meaning” in taxation does not have any dysfunctional side effects. Accordingly, in such circumstances it is clear that the basic approach to legal interpretation in the field of tax law should be that involving the “plain meaning” rule. Since *Hills, supra*, I have constantly supported this approach, adopting the “plain meaning” rule in appropriate circumstances.

In conclusion, it is therefore the “modern” methodological approach that will apply in interpreting the *Charter*, a question to which I will now turn.

B. Sections 23 and 56(1) of the Charter: Legal Interpretation

Sections 23 and 56(1) of the *Charter* read as follows:

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

The tribunal may decide to sit *in camera*, however, in the interests of morality or public order.

56. (1) In sections 9, 23, 30, 31, 34 and 38, in Chapter III of Part II and in Part IV, the word “tribunal” includes a coroner, a fire investigation commissioner, an inquiry commission, and any person or agency exercising quasi-judicial functions.

What must be interpreted here is the expression “person or agency exercising quasi-judicial functions” (in s. 56(1)), read in conjunction with the term “tribunal” (in s. 23).

pas de «sens ordinaire», ou s’il y a ambiguïté, alors il incombe à notre Cour de définir l’expression en question au moyen de l’interprétation juridique.

En somme, d’une part, la règle du «sens ordinaire» se justifie en fiscalité en raison des impératifs de stabilité et de prévisibilité du droit; d’autre part, en fiscalité, l’utilisation du «sens ordinaire» ne crée pas d’effets secondaires dysfonctionnels. Par conséquent, dans de telles circonstances, il est manifeste que l’approche de base en interprétation juridique dans le domaine du droit fiscal devrait être celle de la règle du «sens ordinaire». J’ai constamment soutenu cette approche depuis l’arrêt *Hills*, précité, en me ralliant à la règle du «sens ordinaire» lorsque les circonstances le justifiaient.

En conclusion, c’est donc l’approche méthodologique «moderne» qui s’appliquera lorsqu’il s’agira d’interpréter la *Charte*, question que j’aborde maintenant.

B. L’article 23 et le par. 56(1) de la Charte: interprétation juridique

L’article 23 et le par. 56(1) de la *Charte* se lisent comme suit:

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu’il s’agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l’intérêt de la morale ou de l’ordre public.

56. 1. Dans les articles 9, 23, 30, 31, 34 et 38, dans le chapitre III de la partie II ainsi que dans la partie IV, le mot «tribunal» inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d’enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires.

Il s’agit ici d’interpréter l’expression «personne ou [...] organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires» (au par. 56(1)), lue en conjonction avec le terme «tribunal» (à l’art. 23).

183

184

185

186

(1) The So-Called “Plain Meaning”

187

The idea generally accepted thus far by academic commentators is that s. 23 of the *Charter* applies to “every quasi-judicial tribunal”, that is, every administrative agency that performs quasi-judicial acts. According to Brun and Tremblay, *supra*, at pp. 936-37:

[TRANSLATION] Section 23 is applicable to all judicial or quasi-judicial bodies created by the province. . . . A body does not necessarily become a tribunal within the meaning of s. 23 because it happens to exercise judicial functions while exercising its primary administrative functions. However, even if s. 23 does not apply to such a body as an institution, it must comply with s. 23 when it exercises its ancillary judicial functions. . . . This means, in short, that s. 23 applies to all Quebec tribunals and to the Quebec government when it makes judicial decisions.

188

This interpretation of the applicability of s. 23 is very broad. Some authors have even mentioned the possibility of s. 23 applying to a minister (J. F. Keable, “Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d’indépendance et d’impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)”, in *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, (1988), 251, at p. 261:

[TRANSLATION] Professor Gilles Pépin has already correctly noted that s. 23 could apply to a minister. . . .

189

The idea accepted by academic commentators that in this context the term “quasi-judicial tribunal” means “every administrative tribunal that exercises a quasi-judicial function” does not seem to be based on a formal interpretative analysis. For example, although Keable has expressed the view that s. 23 applies [TRANSLATION] “in both civil and penal matters”, this suggestion does not seem to be supported by an analysis of the doctrine or court decisions (at p. 261):

[TRANSLATION] We feel that the decisions rendered under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should be relevant in interpreting s. 23 of the *Charter*. Section 23 also refers to the idea of an inde-

(1) Le soi-disant «sens ordinaire»

L’idée généralement reçue à ce jour dans la doctrine implique que l’art. 23 de la *Charte* s’applique à «n’importe quel tribunal quasi judiciaire», c’est-à-dire n’importe quel organisme administratif qui accomplit un acte de nature quasi judiciaire. Selon les auteurs Brun et Tremblay, *op. cit.*, aux pp. 936 et 937:

L’article 23 s’adresse à tous les organismes judiciaires ou quasi judiciaires que la province crée [. . .] Un organisme ne devient pas nécessairement un tribunal au sens de l’article 23 parce qu’à l’occasion de l’exercice de ses fonctions administratives principales, il exerce des fonctions de nature judiciaire. Mais même si l’article 23 ne s’applique pas à lui en tant qu’institution, quand il exerce ses fonctions judiciaires accessoires il doit le faire conformément à l’article 23 [. . .] C’est donc dire, en bref, que l’article 23 s’applique à tous les tribunaux québécois et à l’Administration publique québécoise quand celle-ci rend des décisions de nature judiciaire.

Cette interprétation de l’applicabilité de l’art. 23 est très large. La doctrine fait même état de la possibilité que l’art. 23 s’applique à un ministre (J. F. Keable, «Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d’indépendance et d’impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)», dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), 251, à la p. 261:

Le professeur Gilles Pépin a déjà souligné avec justesse que l’article 23 pouvait s’appliquer à un ministre . . .

L’idée reçue dans la doctrine selon laquelle le terme «tribunal quasi judiciaire» signifie ici «n’importe quel tribunal administratif qui exécute une fonction quasi judiciaire» ne semble pas découler d’une analyse interprétative formelle. Par exemple, Keable est d’avis que l’art. 23 s’applique «aussi bien en matière civile qu’en matière pénale», mais cette proposition ne semble pas appuyée par une analyse doctrinaire, ni par des sources jurisprudentielles (à la p. 261):

Nous estimons que l’article 23 de la *Charte* [. . .] devrait pouvoir s’interpréter à la lumière des décisions relatives à l’article 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’article 23 invoque également la

pendent tribunal, but it must be applied in both civil and penal matters and, because of s. 56(1), it is applicable to administrative tribunals as well the courts. [Emphasis added.]

This Court has not yet undertaken a formal interpretative analysis of these terms. The Superior Court of Quebec addressed the issue in *Coffin v. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 1307. In that case, the Court had to decide whether a professional disciplinary committee was independent and impartial. Rioux J. compared the scope of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with that of s. 23 of the *Quebec Charter*, at p. 1313:

[TRANSLATION] The terminology used in s. 23 of the Quebec charter and s. 11(d) of the federal charter may, *prima facie*, suggest that they are similar. However, the context shows that the two provisions have totally different purposes.

The federal provision seeks, in the field of criminal or penal law, to eliminate courts. . . .

The provincial provision, which is applicable to all judicial and quasi-judicial bodies that Quebec has created or will create. . . .

In other words, it may be said that s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has codified and set out the principles developed by public law to guarantee the independence of judges sitting in criminal or penal cases. . . .

The wording of s. 23 of the provincial charter is broader in scope, however, since it is applicable not only to the courts as such, whether civil or criminal, but also to administrative tribunals and persons and agencies with quasi-judicial powers. [Emphasis added.]

Rioux J. then quoted Gilles Pépin's statement that [TRANSLATION] "s. 23 [is] meant to apply to institutions, such as ministers, that clearly do not have some of the essential attributes of judicial independence". However, Rioux J.'s opinion on the scope of s. 23 does not seem to be based on a formal interpretative analysis. Rioux J. and the commentators seem to have defined the term "quasi-judicial" in the *Charter* by using the former "plain meaning" method, that is, by failing to

notion de tribunal indépendant mais doit recevoir application aussi bien en matière civile qu'en matière pénale et vise tout autant les tribunaux administratifs que les cours de justice et ce, en raison de l'article 56.1. [Je souligne.]

Notre Cour n'a pas effectué, à ce jour, une analyse interprétative formelle de ces termes. La Cour supérieure du Québec s'est penchée sur cette question dans l'affaire *Coffin c. Bolduc*, [1988] R.J.Q. 1307. Dans cette affaire, la cour avait à décider si un comité de discipline professionnelle était indépendant et impartial. Le juge Rioux a effectué une comparaison de la portée respective de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'art. 23 de la *Charte québécoise* à la p. 1313:

Le vocabulaire utilisé par l'article 23 de la charte québécoise et le paragraphe d) de l'article 11 de la charte fédérale peut laisser croire à première vue à une similitude. Le contexte indique cependant que l'objet poursuivi par les deux textes est totalement différent.

Le texte fédéral vise, dans le domaine du droit criminel ou pénal, à éliminer les tribunaux . . .

Le texte provincial, qui s'adresse à tous les organismes judiciaires ou quasi judiciaires que le Québec a créés ou créera . . .

En d'autres termes, on peut dire que la *Charte canadienne des droits et libertés* a codifié et précisé, à l'article 11, les principes que le droit public avait développés pour assurer l'indépendance des juges siégeant en matière criminelle ou pénale . . .

Le texte de l'article 23 de la charte provinciale a une portée beaucoup plus large, cependant, car il vise non seulement les cours de justice proprement dites, de juridiction civile ou pénale, mais aussi les tribunaux administratifs et les personnes et organismes possédant des pouvoirs quasi judiciaires. [Je souligne.]

Le juge Rioux cite ensuite le commentateur Gilles Pépin, selon qui «l'article 23 [est] destiné à s'appliquer à des institutions qui ne possèdent certes pas les attributs essentiels de l'indépendance judiciaire, tel un ministre». Cependant, l'opinion du juge Rioux quant à la portée de l'art. 23 ne semble pas reposer sur une analyse interprétative formelle. En fait, le juge Rioux et les commentateurs semblent avoir adopté une définition du terme «quasi judiciaire» de la *Charte* selon l'an-

interpret the statute in an informed manner using the "modern" legal interpretation approach. The definition appears instead to have been adopted on the basis of intuition or unrationalized impressions.

cienne méthode du «sens ordinaire», c'est-à-dire en ne procédant pas à une lecture éclairée de la loi selon une démarche d'interprétation juridique «moderne». Il semble que cette définition ait plutôt été adoptée de façon intuitive ou en se fondant sur des impressions non rationalisées.

192 In my view, this is a methodological error. Statutory interpretation cannot be limited to the "plain meaning" method; statutes must be read using the "modern" interpretation method: every legislative provision should be read in context, having regard to the purpose of the statute, its history, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and rules of interpretation and the admissible external aids.

À mon avis, il s'agit là d'une erreur méthodologique. On ne peut pas se borner à la méthode du «sens ordinaire»; il faut faire une lecture selon la méthode d'interprétation «moderne» des textes de loi: toute disposition législative devrait être lue en contexte, en ayant à l'esprit le but de la loi, son historique, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles d'interprétation, de même que les aides externes admissibles.

193 In other words, to someone not using the "modern" interpretation method, the term "quasi-judicial" seems *prima facie* clear: its "plain meaning" is obvious; it simply means "every quasi-judicial tribunal". For someone applying the former "plain meaning" rule, the methodological estoppel is thus trying to prevent the initiating of the informed reasoning of legal interpretation. The person stops before beginning to reason and looks no further. As I have noted, the era in which this method prevailed is now over: we must henceforth interpret legislative provisions using the "modern" approach.

Autrement dit, pour celui qui ne fait pas une lecture interprétative «moderne», le terme «quasi judiciaire» paraît évident *prima facie*; son «sens ordinaire» est clair, il veut tout simplement dire «n'importe quel tribunal quasi judiciaire». Alors, pour celui qui applique l'ancienne règle du «sens ordinaire», la préclusion méthodologique cherche à empêcher la mise en marche du raisonnement éclairé de l'interprétation juridique. On s'arrête avant d'avoir enclenché le raisonnement et on ne regarde pas plus loin. Comme je l'ai souligné, l'époque où prévalait cette méthode est maintenant révolue: nous devons désormais lire les dispositions d'une loi selon l'approche «moderne».

194 A provision must be read in context, while bearing in mind all the relevant interpretation factors. That is what I now intend to do, having regard to (1) the immediate context, that is, the provision itself; (2) the broader context, that is, the chapter in which the provision is found; and (3) the general context, that is, the statute as a whole.

Une disposition doit être lue en contexte, en gardant à l'esprit tous les facteurs d'interprétation pertinents. C'est ce que je me propose maintenant de faire, en gardant à l'esprit les contextes (1) immédiat, c'est-à-dire la disposition elle-même, (2) élargi, c'est-à-dire le chapitre où se trouve la disposition, et (3) général, c'est-à-dire la loi dans son ensemble.

(2) Immediate Context: *Noscitur A Sociis*

(2) Contexte immédiat: *noscitur a sociis*

195 This is a well-known rule of interpretation: a term or expression cannot be interpreted without taking surrounding terms into account. The meaning of a term is revealed by its association with other terms: it is known by its associates (*noscitur*

Cette règle d'interprétation est bien connue: on ne peut pas prendre un terme ou une expression et les lire en faisant abstraction des termes voisins. Le sens d'un terme est révélé par son association à d'autres termes: il est connu par ceux auxquels il

a sociis). This general principle is most often applied in interpreting terms that are part of a list. In the case at bar, the provision does contain such a list of associated terms:

56. (1) . . . the word “tribunal” includes [1] a coroner, [2] a fire investigation commissioner, [3] an inquiry commission, and [4] any person or agency exercising quasi-judicial functions.

Four terms are associated here: coroner, fire investigation commissioner, inquiry commission and the “quasi-judicial” group. To begin with, what do these four terms have in common? All four may apply to “matters of penal significance”; this idea is common to the four terms. Next, I note that two of the four terms, the inquiry commission and the “quasi-judicial” group, have a broader denotation: they may apply to the “non-penal” sphere as well as to “matters of penal significance”. According to the *noscitur a sociis* interpretation principle, terms in a list may have a broader or narrower denotation. In the case at bar, the denotation of the list should be limited to the concept common to all the terms: that of “matters of penal significance”.

If it were agreed that two of the four terms — and the “quasi-judicial” group in particular — could apply to the “non-penal” sphere, that would disregard the denotation of the other two terms and thus fail to take account of the *noscitur a sociis* rule. The meanings of these four associated terms would then be inconsistent in light of the *noscitur a sociis* rule and therefore logically, semantically and grammatically inconsistent. The interpretation would be based on unrationalized impressions. In my view, the four terms must, on the contrary, be defined so that they have the same denotation: that of “matters of penal significance”. This denotative definition is coherent and complies with the *noscitur a sociis* rule.

est associé (*noscitur a sociis*). Ce principe général s’applique le plus souvent à l’interprétation des termes faisant partie d’une énumération. En l’espèce, la disposition est effectivement une énumération de termes associés:

56. 1. . . . le mot «tribunal» inclut [1] un coroner, [2] un commissaire-enquêteur sur les incendies, [3] une commission d’enquête et [4] une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires.

Quatre termes sont ici associés: coroner, commissaire-enquêteur sur les incendies, commission d’enquête et le groupe «quasi judiciaire». Tout d’abord, quel est le point commun entre ces quatre termes? Ils peuvent tous les quatre s’étendre à des «matières d’importance pénale»; cette notion de «matière d’importance pénale» est commune aux quatre termes. Ensuite, je remarque que deux de ces quatre termes, la commission d’enquête et le groupe «quasi judiciaire», ont une extension plus large: ils peuvent s’étendre tant à des «matières d’importance pénale» qu’au domaine «non pénal». En vertu du principe d’interprétation *noscitur a sociis*, les termes d’une énumération peuvent avoir une extension plus étendue ou plus restreinte. En l’espèce, l’extension de l’énumération devrait être restreinte à la notion commune à tous les termes: la notion de «matières d’importance pénale».

En effet, si l’on acceptait que deux des quatre termes — et spécifiquement: le groupe «quasi judiciaire» — puissent s’étendre au domaine «non pénal», alors on fermerait les yeux devant l’extension des deux autres termes et, ce faisant, on ne tiendrait pas compte de la règle *noscitur a sociis*. Ce groupe de quatre termes associés prendrait alors un sens incohérent au plan de la règle *noscitur a sociis*, donc incohérent dans les domaines logique, sémantique et grammatical. Il s’agirait alors d’une interprétation fondée sur des impressions non rationalisées. À mon avis il faut, au contraire, adopter un sens selon lequel l’extension des quatre termes est identique; ce sens est celui des «matières d’importance pénale». Cette définition en extension est cohérente et respecte la règle *noscitur a sociis*.

196

197

198 I believe it would be helpful at this point to make two methodological clarifications. First, a distinction must be drawn between a denotative definition (denotation or extension) and a connotative definition (connotation, intension or comprehension). The connotative definition of a quasi-judicial agency was stated in *Minister of National Revenue v. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at pp. 504-5; there is nothing in this appeal that conflicts with that definition; in fact, the connotative definition of the term “quasi-judicial agency” set out in *Coopers & Lybrand* underlies this appeal. However, the denotative definition of the same term can vary in each individual case, depending on the wording of the legislative provisions in which the term is found. That is the situation in this appeal.

199 In the circumstances of the instant case, the denotation of the term “quasi-judicial” is limited by the surrounding terms, in accordance with the *noscitur a sociis* rule. Of course, it is easy to see that, in other situations in which different wordings are used, the denotation of the same term could be entirely different even though the connotative definition never changes (with respect to connotation and denotation, see, *inter alia*, *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at pp. 142 *et seq.*; see also generally I. Copi and C. Cohen, *Introduction to Logic* (8th ed. 1990), at pp. 142-43 and 480 *et seq.*).

200 Second, a general definition of the “matters of penal significance” category involved in this appeal should be provided. I believe that this category includes at least purely penal concepts, that is, fines and imprisonment. Without defining the scope of those concepts conclusively here, I think that this category probably also includes all matters of penal significance, including certain aspects of professional disciplinary law, certain immigration decisions and concepts related to search and seizure. It is not necessary to define the scope of this “matters of penal significance” category con-

Je crois utile à ce point-ci d’apporter deux précisions d’ordre méthodologique. Premièrement, on doit faire la distinction entre une définition en extension (*denotative definition*, *denotation* ou *extension*) et une définition en compréhension (*connotative definition*, *connotation*, *intension* ou *comprehension*). La définition en compréhension de ce qu’est un organisme quasi judiciaire a été élaborée dans l’arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers & Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, aux pp. 504 et 505; le présent pourvoi n’offense en rien cette définition en compréhension; en fait, la définition en compréhension du terme «organisme quasi judiciaire» selon *Coopers & Lybrand* soutient le présent pourvoi. Par contre, la définition en extension du même terme, «organisme quasi judiciaire», est susceptible de varier dans chaque cas d’espèce en fonction du libellé des dispositions du texte législatif dans lesquelles le terme se retrouve. C’est ce qui se produit dans le présent pourvoi.

En effet, dans les circonstances de l’espèce, l’extension de l’expression «quasi judiciaire» se trouve réduite par les expressions voisines en vertu de la règle *noscitur a sociis*. Évidemment, dans d’autres cas et avec d’autres libellés, on peut facilement voir que l’extension de cette même expression pourrait être tout à fait différente, sans que jamais la définition en compréhension ne change (au sujet de la compréhension et de l’extension, voir notamment *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, aux pp. 142 et suiv.; voir aussi généralement I. Copi et C. Cohen, *Introduction to Logic* (8^e éd. 1990), aux pp. 142, 143 et 480 et suiv.).

Deuxièmement, il faut cerner de façon générale la catégorie des «matières d’importance pénale» qui entre en jeu dans le présent pourvoi. Je crois que cette catégorie comprendrait à tout le moins les notions purement pénales, c’est-à-dire les amendes et l’emprisonnement. Sans circonscrire ici ces notions de façon définitive, je crois que cette catégorie comprendrait probablement aussi toute matière d’importance pénale comme, par exemple, certains aspects du droit disciplinaire professionnel, certaines décisions en matière d’immigration, les notions relatives aux perquisitions et

clusively to resolve this appeal. This category will be clarified to a greater extent by future judgments. What is clear in the case at bar is that the Régie's actions in issuing, renewing and cancelling liquor permits do not fall within the "matters of penal significance" category. They clearly fall within the "non-penal" sphere.

(3) Broader Context: Provisions of Chapter III of Part I of the Charter

Having made these methodological clarifications, I will now return to an informed interpretation of the provisions under consideration in their broader context. The following is a summary of one of the principles of contextual interpretation drawn from *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at pp. 247-48:

In adopting a contextual approach, the courts focus on any provision or series of provisions that in their opinion is capable of shedding light on the interpretive problem at hand. Looking to other provisions is useful because courts make certain assumptions about the way legislation is drafted. . . .

In some cases the courts focus on a particular provision or series of provisions found elsewhere in the Act. . . . The court's reasoning here is based on the presumption of orderly and economical arrangement. It would be contrary to the principles of sound drafting for a drafter to place a provision dealing with both commercial and non-commercial activities in the midst of a series of provisions dealing with commercial activities only. [Emphasis added.]

The rule of interpretation is as follows: if a provision that deals with both field A and field non-A is placed in a series of provisions dealing only with field A, this is contrary to the principles of sound legislative drafting. This rule of interpretation applies directly to the situation in the case at bar.

saisies, etc. Il n'est pas nécessaire de circonscrire de façon définitive cette catégorie des «matières d'importance pénale» pour résoudre le présent pourvoi. Cette catégorie sera davantage explicitée au moyen de l'évolution jurisprudentielle. Ce qui est certain en l'espèce, c'est que les actes de la Régie relatifs à l'émission, le renouvellement et la révocation des licences d'alcool ne font pas partie de cette catégorie des «matières d'importance pénale». Ces actes font clairement partie du domaine «non pénal».

(3) Contexte élargi: les dispositions dans le chapitre III de la partie I de la Charte

Ces précisions méthodologiques étant établies, je reviens maintenant à la lecture éclairée des dispositions sous étude dans leur contexte élargi. Voici un résumé d'un des principes d'interprétation contextuelle tiré de *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, aux pp. 247 et 248:

[TRADUCTION] Lorsque les tribunaux retiennent l'approche contextuelle, ils s'attachent à une disposition ou à un ensemble de dispositions qui, à leur avis permettent d'éclairer le problème qui se pose. La prise en considération d'autres dispositions est utile, car les tribunaux font certaines hypothèses sur la façon dont les lois sont rédigées . . .

Dans certains cas, les tribunaux concentrent leur examen sur une ou plusieurs dispositions figurant ailleurs dans la Loi. [. . .] En l'espèce, le raisonnement de la Cour repose sur la présomption d'organisation ordonnée et économique. Il serait contraire aux principes de la bonne rédaction législative que le rédacteur insère une disposition concernant à la fois des activités commerciales et des activités non commerciales au sein d'un groupe de dispositions visant seulement des activités commerciales. [Je souligne.]

La règle d'interprétation est la suivante: si une disposition qui traite à la fois d'un domaine A et d'un domaine non-A est placée au sein d'une série de dispositions qui traitent seulement du domaine A, alors ceci est contraire aux principes de saine rédaction législative. Cette règle d'interprétation s'applique directement à la situation qui se présente en l'espèce.

203. Section 23 is part of Chapter III of Part I of the *Charter*, which sets out “Judicial Rights”, including all guarantees of a penal or criminal nature: imprisonment, search and seizure, arrest, *habeas corpus*, presumption of innocence, etc. An interpretation of the term “quasi-judicial” that covered both “matters of penal significance” and “non-penal” matters would, according to the above rule, be contrary to the principles of sound drafting, since there is no reference to the “non-penal” sphere in Chapter III of Part I of the *Charter*. Such an interpretation, contrary to the principles of sound legislative drafting, would be strained.
- L'article 23 fait partie du chapitre III de la partie I de la *Charte*, où sont énoncés les «Droits judiciaires» qui comprennent toutes les garanties de nature pénale ou criminelle: emprisonnement, perquisitions et saisies, arrestation, *habeas corpus*, présomption d'innocence, etc. Une interprétation de l'expression «quasi judiciaire» qui s'étendrait tant aux «matières d'importance pénale» qu'au domaine «non pénal» serait contraire aux principes de bonne rédaction législative selon la règle exposée ci-haut, puisqu'il n'y a aucune référence au domaine «non pénal» dans le chapitre III de la partie I de la *Charte*. Une telle interprétation, contraire aux principes de saine rédaction législative, serait forcée.
204. On the other hand, if the term “quasi-judicial” is defined so that its denotation is limited to the “matters of penal significance” category, then the interpretation is perfectly consistent with the principles of sound legislative drafting: it is no longer a strained interpretation and the definition becomes compatible with the part of the statute in which the term is found.
- Par contre, si l'on regarde une définition de l'expression «quasi judiciaire» dont l'extension est limitée à la catégorie des «matières d'importance pénale», alors l'interprétation est en parfaite cohérence avec les principes de bonne rédaction législative: il ne s'agit plus d'une interprétation forcée et la définition devient harmonieuse avec la partie de la loi dans laquelle elle est placée.
205. An informed interpretation of the provisions in either their immediate or broader context leads to the same result as far as the definition of the term “quasi-judicial” is concerned. That brings me to an interpretation of the provisions in their general context.
- La lecture éclairée des dispositions dans leurs contextes immédiat et élargi donne le même résultat en ce qui concerne la définition de l'expression «quasi judiciaire». Cela m'amène à une lecture dans le contexte général.
- (4) Context of the Statute as a Whole
- (4) Contexte de la loi dans son ensemble
206. The principles applicable to the interpretation of statutes as a whole have been summarized as follows:
- On a ainsi résumé des principes d'interprétation d'une loi dans son ensemble:
- [T]he elementary rule must be observed that no one should profess to understand any part of a statute or of any other document before he had read the whole of it. Until he has done so he is not entitled to say that it or any part of it is clear and unambiguous. [*Attorney-General v. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436 (H.L.), at p. 463.]
- [TRADUCTION] [I] faut respecter la règle élémentaire selon laquelle nul ne saurait prétendre avoir compris quelque partie d'une loi ou de tout autre document avant de l'avoir lu au complet. Tant qu'elle ne l'a pas fait, cette personne ne peut dire que tout ou partie de la loi ou du document est clair et non ambigu. [*Attorney-General c. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436 (H.L.), à la p. 463.]
- [T]he office of a good expositor of an Act of Parliament is to make construction on all the parts together, and not of one part only by itself; *nemo enim aliquam partem recte intelligere possit, antequam totum iterum atque*
- [L]e devoir d'un bon interprète d'une loi adoptée par le Parlement est d'interpréter les diverses parties ensemble, et non une partie isolément; *nemo enim aliquam partem recte intelligere possit, antequam totum iterum*

iterum perlegerit . . . and so before this time have other statutes been expounded by the ancient Judges and sages of the law. [*Lincoln College's Case* (1595), 3 Co. Rep. 58b, 76 E.R. 764, at p. 767.] [Emphasis added.]

The *nemo enim aliquam partem recte intelligere possit, antequam totum iterum atque iterum perlegerit* rule literally means: no one can understand a part before reading and rereading the whole in full. This rule has been part of the common law for over 400 years and has been codified in Quebec, as far as contracts are concerned, by art. 1427 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (formerly art. 1018 of the *Civil Code of Lower Canada*). It is thus necessary to read and reread the entire statute in full before deciding how the term in question should be defined. If necessary in order to properly understand the scheme of the statute, the regulations made thereunder must also be read and reread. The justification behind the *nemo intelligere possit antequam iterum perlegerit* rule is as follows. It must be assumed that the statute is coherent. The principle of internal statutory coherence has been recognized by the common law since the 17th century: *Chamberlain's Case* (1611), Lane 117, 145 E.R. 346, at p. 347 (Tanfield J.):

... the meaning of an act of parliament ought to be expounded by an examination of the intention of the makers thereof, collected out of all the causes thes therein, so that there be no repugnancy, but a concordancy in all the parts thereof. . . . [Emphasis added.]

I note that the modern expression of the internal coherence principle, which has been part of our law since it was reformulated by Lord Atkinson in *City of Victoria v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384 (P.C.), at p. 388, was adopted again by this Court in *The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 S.C.R. 76, at p. 97:

In my opinion, the construction of a statute which produces such anomalies is contrary to well settled canons of construction.

atque iterum perlegerit: [. . .] et c'est ainsi qu'avant notre époque des lois ont été interprétées par les anciens: juges et autres sages du domaine juridique. [*Lincoln College's Case* (1595), 3 Co. Rep. 58b, 76 E.R. 764, à la p. 767.] [Je souligne.]

La règle *nemo enim aliquam partem recte intelligere possit, antequam totum iterum atque iterum perlegerit* signifie littéralement: nul ne saurait comprendre une partie avant d'avoir lu et relu le tout au complet. Cette règle fait partie de la common law depuis plus de 400 ans et a été codifiée au Québec, en ce qui concerne les contrats, à l'art. 1427 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (auparavant l'art. 1018 du *Code civil du Bas Canada*). Il faut donc lire et relire toute la loi au complet avant de se prononcer sur la définition que l'on cherche à établir. S'il le faut, afin de bien saisir l'économie de la loi, on devra même lire et relire la réglementation qui en découle. La raison sous-jacente qui justifie l'exigence de la règle *nemo intelligere possit antequam iterum perlegerit* est la suivante. Il faut présumer que la loi est cohérente. Le principe de la cohérence interne de la loi est reconnu en common law depuis le XVII^e siècle: *Chamberlain's Case* (1611), Lane 117, 145 E.R. 346, à la p. 347 (le juge Tanfield):

[TRADUCTION] . . . le sens d'une loi du parlement devrait être interprété par l'examen de l'intention de ses rédacteurs, dégagée de toutes ses différentes dispositions, de manière à s'assurer qu'il n'y ait aucune incohérence, mais plutôt une concordance entre toutes ses parties . . . [Je souligne.]

Je note que l'expression moderne du principe de cohérence interne, qui fait partie de notre droit depuis la reformulation qu'en a fait Lord Atkinson dans l'affaire *City of Victoria c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384 (C.P.), à la p. 388, a été réadoptée par notre Cour dans *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76, à la p. 97:

[TRADUCTION] À mon avis, l'interprétation d'une loi qui produit de telles anomalies est contraire aux règles d'interprétation bien établies.

207

208

A statute is to be construed, if at all possible, “so that there may be no repugnancy or inconsistency between its portions or members” [Emphasis added.]

Si possible, une loi doit être interprétée «de façon à ce qu'il n'existe pas d'incohérence ou d'incompatibilité entre ses parties ou éléments» . . . [Je souligne.]

209 According to *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at p. 176, the presumption of internal statutory coherence is virtually irrebuttable:

Selon *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, à la p. 176, la présomption de cohérence interne d'une loi est virtuellement irréfragable:

It is presumed that the provisions of legislation are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The parts are presumed to fit together logically to form a rational, internally consistent framework.

[TRADUCTION] Les dispositions d'une loi sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d'un tout. Les parties sont présumées s'assembler logiquement pour former un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent.

The presumption of coherence is virtually irrebuttable. [Emphasis added.]

La présomption de cohérence est virtuellement irréfragable. [Je souligne.]

210 In the case at bar, an incoherence — a repugnancy — appears in the scheme of the *Charter* itself if the term “quasi-judicial” is defined incorrectly. The incoherence disappears if the term “quasi-judicial” is defined so that its denotation is limited to the “matters of penal significance” category. As I will endeavour to show, that incoherence, which can be seen simply from an informed reading of the *Charter* itself based on the “modern” approach, is clear.

En l'espèce, nous sommes en présence d'une incohérence dans l'économie de la *Charte* elle-même si nous adoptons la mauvaise définition de l'expression «quasi judiciaire». Cette incohérence disparaît si nous adoptons la définition de l'expression «quasi judiciaire» dont l'extension est limitée à la catégorie des «matières d'importance pénale». Cette incohérence, telle qu'elle apparaît à la simple lecture éclairée de la *Charte* elle-même selon l'approche «moderne», est évidente comme je tenterai de le démontrer.

211 Section 57 of the *Charter* establishes the Commission des droits de la personne. The Commission's responsibilities include making non-adversary investigations (s. 71, para. 2(1)). It has the discretion to refuse or cease to act in favour of a victim (s. 77, para. 2). When it exercises such a discretion to refuse to act, it is making a quasi-judicial decision: see, for example, *Lisenko v. Société zoologique de Granby Inc.*, T.D.P.Q., No. 460-53-000001-938, March 8, 1994; see also *Cutler v. Québec (Commission des droits de la personne)* (1986), 7 C.H.R.R. D/3610 (Que. Sup. Ct.).

La *Charte* établit la Commission des droits de la personne à l'art. 57. La Commission a notamment la responsabilité de faire enquête selon un mode non contradictoire (art. 71, al. 2(1)). La Commission a la discrétion de refuser d'agir ou de cesser d'agir en faveur d'une victime (art. 77, al. 2). Or, lorsque la Commission exerce une telle discrétion de refus d'agir, il s'agit d'une décision quasi judiciaire: voir par exemple *Lisenko c. Société zoologique de Granby Inc.*, T.D.P.Q., n° 460-53-000001-938, 8 mars 1994; voir aussi *Cutler c. Québec (Commission des droits de la personne)* (1986), 7 C.H.R.R. D/3610 (C.S. Qué.).

212 There are two possible interpretations of the combination of ss. 23 and 56(1) of the *Charter*: either they apply to “every agency exercising quasi-judicial functions” or they apply only to “agencies exercising quasi-judicial functions involving ‘matters of penal significance’”. The

Deux interprétations de la combinaison de l'art. 23 et du par. 56(1) de la *Charte* sont possibles: ou bien ils s'appliquent à «n'importe quel organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires», ou bien ils ne s'appliquent qu'à un «organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires dans le domaine des

first definition results from an interpretation based on the former “plain meaning” method, while the second results from a “modern” contextual interpretation. I will begin with an analysis based on the first definition.

If s. 23 applies to “every agency exercising quasi-judicial functions” and the Commission exercises a quasi-judicial function when it exercises its discretion to refuse to act, then s. 23 applies to the Commission in respect of that decision. This means that the Commission must be impartial and independent when it exercises its discretion to refuse to act; it must comply with the *nemo iudex* rule. However, it is not only this part of s. 23 that applies: it is the entire section. Section 23 also includes a right to a public hearing. The Commission must therefore exercise its discretion to refuse to act in a public hearing, inasmuch as s. 23 applies according to the first definition.

There is a second contradiction between this public hearing requirement and the Commission’s operating procedures. The *Regulation respecting the handling of complaints and the procedure applicable to the investigations of the Commission des droits de la personne*, (1991) 123 G.O. II, 1097, complies with the *audi alteram partem* rule by providing that the parties can be heard through written submissions rather than at a public hearing. This requirement contrasts with what is provided for in the case of the Human Rights Tribunal. Section 51 of the *Rules of practice of the Human Rights Tribunal*, (1993) 125 G.O. II, 6031, specifically states that the Tribunal’s hearings must be public. The legislature’s intention is thus clear: the Tribunal must hold public hearings, while the Commission may proceed on the basis of written submissions. These two forms of hearings comply with the *audi alteram partem* rule while taking the impact of each agency into account.

However, the hearing of a case by the Commission is not public, since it is done through written proceedings. This means that the Regulation would

«matières d’importance pénale»». La première définition résulte d’une interprétation selon l’ancienne méthode du «sens ordinaire», alors que la deuxième résulte d’une interprétation contextuelle «moderne». Voyons tout d’abord une analyse en utilisant la première définition.

Si l’article 23 s’applique à «n’importe quel organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires», et que la Commission, en exerçant sa discrétion de refus, exerce une fonction quasi judiciaire, alors l’art. 23 s’applique à la Commission en ce qui concerne cet acte. C’est donc dire que la Commission doit être impartiale et indépendante lorsqu’elle exerce sa discrétion de refus; elle doit se conformer à la règle *nemo iudex*. Mais ce n’est pas seulement cette partie-là de l’art. 23 qui s’applique: c’est tout l’article. Or, l’article 23 comporte aussi un droit à une audition publique. La Commission, lorsqu’elle exerce sa discrétion de refus, devrait donc le faire lors d’une audition publique, pour autant que l’art. 23 s’applique en vertu de la première définition.

Il y a une deuxième contradiction entre cette exigence d’audition publique et le mode d’opération de la Commission. Le *Règlement sur le traitement des plaintes et la procédure applicable aux enquêtes de la Commission des droits de la personne*, (1991) 123 G.O. II, 1459, respecte la règle *audi alteram partem* en prévoyant que les parties pourront se faire entendre, non pas par le biais d’une audience publique, mais plutôt au moyen de représentations écrites. Cette exigence fait contraste avec la situation prévue dans le cas du Tribunal des droits de la personne. Les *Règles de procédure du Tribunal des droits de la personne*, (1993) 125 G.O. II, 7828, spécifient explicitement à l’art. 51 que les audiences du Tribunal sont publiques. L’intention du législateur apparaît donc clairement: le Tribunal tient des audiences publiques, alors que la Commission peut procéder par représentations écrites. Ces deux modes d’audition respectent la règle *audi alteram partem* en fonction de la portée de chacun des deux organismes.

Par contre, l’audition de la cause devant la Commission n’est pas publique, puisque faite au moyen de procédures écrites. Par conséquent, le règlement

213

214

215

contravene s. 23 by giving the Commission a discretion not to hold a public hearing. It follows that an individual who is before the Commission could theoretically bring an action under s. 52 of the *Charter* to invalidate that statute *erga omnes*. Thus, an individual who files a written complaint with the Commission could theoretically have the *Charter* itself struck down *erga omnes*. That was clearly not the legislature's intention. Did the legislature intend to allow for the possibility of written proceedings and yet also impose a duty to hold a public hearing? Of course not: this is an imaginary internal incoherence in the statute that results simply from an incorrect interpretation of the term "quasi-judicial" based on its so-called "plain meaning".

violerait l'art. 23 à cause de cette discrétion qu'a la Commission de ne pas tenir d'audience publique. Il s'ensuit que l'administré disposerait théoriquement d'un recours en annulation *erga omnes* en vertu de l'art. 52 de la *Charte*. Donc, l'administré qui soumettrait une plainte écrite à la Commission pourrait théoriquement faire invalider la *Charte* elle-même *erga omnes*. Ce n'est évidemment pas là l'intention du législateur. Le législateur aurait-il voulu prévoir d'une part la possibilité de procédures écrites et, d'autre part, imposer l'obligation de tenir une audience publique? Bien sûr que non: il s'agit là d'une incohérence interne fictive de la loi qui résulte tout simplement d'une mauvaise interprétation de l'expression «quasi judiciaire» selon le soi-disant «sens ordinaire».

216 This internal contradiction in the scheme of the *Charter* disappears if "quasi-judicial" is defined so that its denotation is limited to "matters of penal significance". Do cases before the Commission des droits de la personne involve "matters of penal significance"? No. Section 23 is therefore not applicable; there is no duty to hold a public hearing. However, the Commission still has a duty to act fairly, which, as I have noted, includes the *nemo judex et audi alteram partem* rules. The latter can be complied with through either written proceedings or a hearing, which will not necessarily be public. All the common law remedies discussed above remain available to individuals before the Commission.

Cette contradiction interne dans l'économie de la *Charte* disparaît si l'on adopte la définition à extension restreinte de quasi judiciaire dans le domaine des «matières d'importance pénale». La Commission des droits de la personne siège-t-elle «en matière d'importance pénale»? Non. Par conséquent l'art. 23 ne s'applique pas; il n'y a pas d'obligation de tenir une audience publique. La Commission demeure toutefois assujettie à l'obligation d'agir équitablement, qui comprend, comme je l'ai déjà souligné, les règles *nemo judex et audi alteram partem*. Cette dernière peut être satisfaite par une procédure écrite ou encore par une audition qui n'est pas nécessairement publique. L'administré dispose toujours de tous les recours en common law dont j'ai déjà traité.

217 These internal contradictions in the scheme of the *Charter* are also found in other administrative schemes. The legality of the existence of a great many administrative entities could be challenged by relying strictly on the right to a public hearing. For example, in the case at bar, the enabling statute provides the Régie with a discretion as to whether to hold a hearing in certain specific cases: *Act respecting liquor permits*, R.S.Q., c. P-9.1, ss. 101 and 102. If s. 23 applies, that discretion violates the right to a public hearing. Moreover, it could be argued that in some cases, even if an agency provides an opportunity to be heard *viva*

Ces contradictions internes dans l'économie de la *Charte* se retrouvent tout autant dans l'économie des autres régimes administratifs. Il serait possible de contester la légalité de l'existence d'un grand nombre d'entités administratives en se fondant strictement sur le droit à l'audience publique. Par exemple, en l'espèce, la loi habilitante accorde une discrétion à la Régie quant à la tenue d'une audience dans certains cas spécifiques: *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.Q., ch. P-9.1, art. 101 et 102. Si l'article 23 s'applique, alors une discrétion quant à la tenue d'une audience porte atteinte au droit à l'audition publique. En outre, il serait possi-

voce, such a hearing is not necessarily public within the meaning of s. 23.

It is not clear that the legislature intended to extend the right to a *viva voce* hearing and to have such a hearing held in public, accompanied by a right to bring an action to have the enabling statute invalidated *erga omnes*, to all Quebec administrative agencies. Extending those rights to such a degree would certainly have absurd consequences for the operation of Quebec's administrative system.

From a strictly legal point of view, it is clear that this appeal affects a large number of Quebec administrative agencies. Furthermore, from a practical point of view, I note that the concepts considered in this appeal seem to have given rise to a great deal of litigation; this was mentioned by LeBel J.A. in his reasons (1994), 122 D.L.R. (4th) 553, at pp. 559-60.

[TRANSLATION] Because of this provision and the similarity in content of the two Acts and the role of the Régie, the parties acknowledged the continued practical importance of the proceeding commenced in the Superior Court in this case. In any event, there are many cases marking time in the Quebec courts on account of this dispute.

Regardless of whether there is an avalanche of similar litigation, it is clear that every individual must be entitled to have a decision reviewed if an apprehension of judicial bias exists. However, was it the legislature's purpose to authorize the bringing of an action to have the enabling statute declared invalid *erga omnes* in every case, and in respect of all the provisions of each such statute? This question is interesting if one considers that, in the instant case, the provisions creating the Régie were themselves the ones challenged; as noted by LeBel J.A.: [TRANSLATION] "The lower court judgment thus challenges the validity of the very existence of the Régie" (p. 559).

ble de soutenir que dans certains cas, même si un organisme donne l'occasion de se faire entendre *viva voce*, une telle audience n'est pas nécessairement publique au sens de l'art. 23.

Il n'est pas certain que le législateur ait cherché à étendre le droit à une audition *viva voce*, et le droit au caractère public d'une telle audition, assorti d'un recours en invalidation *erga omnes* de la loi habilitante, à l'ensemble des organismes administratifs québécois. Le fait d'étendre ces droits de façon aussi large entraînerait certainement des conséquences absurdes en ce qui concerne l'opération du système administratif au Québec.

Il est clair que, du point de vue strictement juridique, le présent pourvoi touche un grand nombre d'organismes administratifs québécois. Mais aussi, du point de vue pragmatique, je note que les notions traitées dans le présent pourvoi semblent être l'objet d'un bon nombre de litiges; le juge LeBel en Cour d'appel, [1994] R.J.Q. 2440, en faisait état dans ses motifs à la p. 2446:

En raison de cette disposition et de la similarité du contenu des deux lois et du rôle de la Régie, les parties ont reconnu que le débat engagé devant la Cour supérieure, dans cette affaire, conserve son importance pratique. De toute façon, de nombreux dossiers seraient en attente devant les tribunaux québécois en raison de ce litige.

Peu importe qu'il y ait ou non une avalanche de litiges similaires, il est certain que chaque justiciable doit avoir la possibilité de faire réviser une décision s'il y a une situation de crainte de partialité judiciaire. Par contre, était-ce le but recherché par le législateur que le recours en déclaration d'invalidité *erga omnes* de la loi habilitante soit disponible dans tous les cas et pour la totalité de chacune des lois habilitantes? Cette question est intéressante si l'on considère que, dans la présente affaire, les dispositions qui créent la Régie elles-mêmes étaient celles qui étaient contestées; comme le souligne le juge LeBel: «Ce jugement remet ainsi en cause la validité de l'existence même de la Régie» (p. 2446).

218

219

220

221 For this question to be answered in the affirmative, the legislature would have had to intend that the enabling statutes of a large number of administrative agencies could all be invalidated *erga omnes* at the same time and with relative ease. To use the words of LeBel J.A., that would mean that “the validity of the very existence” of a large number of administrative agencies would be “called into question”. Ultimately, an attempt might be made to strike down the enabling statutes of a great many agencies that make decisions without holding public hearings. Such a result seems much more like a perverse, unforeseen effect arising from a faulty methodology of legal interpretation and definition than an effect truly intended by the legislature.

222 In sum, the incoherence in the scheme of the *Charter* is as follows: if the incorrect definition of “quasi-judicial” were accepted, the Commission would have to hold a public hearing for each decision that affects an individual’s rights, including a decision to refuse or cease to act. The mere fact that the statute and Regulation provide for a discretion as to whether to hold a public hearing contravenes the duty under s. 23. This situation is directly contrary to the presumption of internal statutory coherence. Yet that presumption is virtually irrebuttable. Anyone who wished to support the incorrect interpretation of the term “quasi-judicial”, an interpretation that is now accepted in academic writing, would have the burden of rebutting this presumption of internal coherence and the other rules of interpretation mentioned above.

(5) Legislative Evolution

223 The evolution of a provision over time can furnish useful information for interpreting it. As noted by Pigeon J. in *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 667:

Legislative history may be used to interpret a statute because prior enactments may throw some light on the intention of the legislature in repealing, amending, replacing or adding to it.

Pour que la réponse à la question soit affirmative, il faudrait que le législateur ait voulu permettre que les lois habilitantes d’un grand nombre d’organismes administratifs puissent toutes être invalidées *erga omnes* en même temps et avec une relative facilité. En reprenant les termes du juge LeBel, cela signifierait que «la validité de l’existence même» d’un grand nombre d’organismes administratifs «serait remise en cause». À la limite, on pourrait tenter de faire invalider les lois habilitantes d’un grand nombre d’organismes qui prennent des décisions sans tenir d’audiences publiques. Un tel résultat apparaît bien plus comme un effet pervers imprévu, résultant d’une méthodologie fautive d’interprétation et de définition juridique, que comme un effet véritablement désiré de façon intentionnelle par le législateur.

En somme, l’incohérence dans l’économie de la *Charte* est la suivante: si l’on acceptait la mauvaise définition de «quasi judiciaire», alors la Commission devrait tenir une audience publique pour chaque décision qui touche aux droits de l’administré, y compris une décision de refus ou de cessation d’agir. Le simple fait que la loi et le règlement prévoient une discrétion quant à la tenue d’une audience publique déroge à l’obligation de l’art. 23. Cette situation est directement contraire à la présomption de cohérence interne de la loi. Or, cette présomption est virtuellement irréfragable. Quiconque voudrait soutenir l’interprétation fautive de l’expression «quasi judiciaire», actuellement reçue dans la doctrine, aurait le fardeau de réfuter cette présomption de cohérence interne, de même que les autres règles d’interprétation précitées.

(5) L’évolution législative

L’évolution d’une disposition à travers le temps peut donner des informations utiles à son interprétation. Comme l’indiquait le juge Pigeon dans l’arrêt *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, à la p. 667:

L’historique d’une législation peut servir à l’interpréter parce que les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l’intention qu’avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant.

This interpretation principle is based on the presumption that changes to legislation are intended to effect a substantive change in the law. In analysing changes in the terms used in statute law, the Ontario Court of Appeal has noted the importance of this presumption: “[t]he amendment must have had some purpose and significance” (*Re Peralta and The Queen in right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, at p. 716; affirmed by *Peralta v. Ontario*, [1988] 2 S.C.R. 1045).

When the *Charter* was passed in 1975, s. 23 read as follows:

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

The tribunal may decide to sit *in camera*, however, in the interests of morality or public order.

It may also sit *in camera* in the interests of children, particularly in matters of divorce, separation from bed and board, marriage annulment or declaration or disavowal of paternity. [Emphasis added.]

The third paragraph of s. 23 was repealed in 1993 by the *Act to amend the Code of Civil Procedure and the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1993, c. 30, which had the effect of transferring that provision to art. 13 of the *Code of Civil Procedure* and changing its content. This third paragraph listed four situations in family cases in which there was an interest in holding *in camera* hearings because the case might affect a child. The general rule that hearings had to be public did not apply to that class of cases. The amendment had the legal effect of maintaining that class, notwithstanding the public hearing requirement set out in s. 23 of the *Charter*, while allowing media access.

Is this “family” class part of the “matters of penal significance” category or the “non-penal significance” category? This question does not have to be answered to decide this appeal; it will be answered if it ever comes before the courts. How-

224
Ce principe d’interprétation est fondé sur la présomption selon laquelle un changement dans la législation a pour but d’opérer un changement de fond dans le droit. En analysant des changements de termes dans le droit statutaire, la Cour d’appel de l’Ontario a souligné l’importance de cette présomption: [TRADUCTION] «[l]a modification devait avoir un objectif, une raison d’être» (*Re Peralta and The Queen in right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, à la p. 716; confirmé par *Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045).

225
Au moment de l’adoption de la *Charte* en 1975, l’art. 23 se lisait comme suit:

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu’il s’agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l’intérêt de la morale ou de l’ordre public.

Il peut également l’ordonner dans l’intérêt des enfants, notamment en matière de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de déclaration ou désaveu de paternité. [Je souligne.]

226
Le troisième alinéa de l’art. 23 a été abrogé en 1993 par la *Loi modifiant le Code de procédure civile et la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1993, ch. 30, qui a eu pour effet de transférer cette disposition à l’art. 13 du *Code de procédure civile*, et d’en changer la teneur. Ce troisième alinéa est une énumération de quatre situations en matière familiale qui impliquent un intérêt à tenir des audiences à huis clos lorsque le litige risque d’affecter l’enfant. Il s’agit d’une classe dérogatoire à la règle générale selon laquelle les audiences sont publiques. La modification a eu l’effet juridique de maintenir cette classe dérogatoire, nonobstant l’exigence d’audience publique prévue à l’art. 23 de la *Charte*, en permettant toutefois l’accès aux médias.

227
Cette classe «familiale» fait-elle partie de la catégorie des «matières d’importance pénale», ou bien de la catégorie «d’importance non pénale»? Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question pour trancher le présent pourvoi; cette question

ever, it is worthwhile to look at the two possible answers, since they both lead to the same conclusion in this case.

228 Without deciding this question here, I believe that the “family” class is indeed part of the “matters of penal significance” category. To begin with, I note that the hearings in question are held before the courts, not before administrative tribunals. Accordingly, as I will explain in greater detail below, those hearings automatically have “penal significance”, *inter alia* because of the possibility of being found in contempt of court.

229 Even if the categorization is applied to this “family” class for analytical and explanatory purposes on the assumption that such cases would be heard by a quasi-judicial tribunal, the end result is the same. “Penal significance” should be determined by the decision’s potential impact on the persons involved in the case. Is the decision’s impact as significant as the impact of a penal sentence? It is in such cases that the parties are entitled to a higher level of procedural protection. The very nature of such cases, because of the human consequences they have, means that their impact is of the greatest significance for the persons involved. The “family” class thus seems, by its very nature, to be part of the hearings “of penal significance” category.

230 Aside from the possibility of being found in contempt of court, the “family” class may involve other sanctions of penal significance, such as seizure pursuant to a support order. Moreover, Chapter IV of Title V of the First Book of the *Civil Code of Lower Canada*, which concerned actions for annulling marriage, included the possibility of a \$500 penalty being imposed on the officer who solemnized the marriage (art. 157 (repealed in 1980)). The “family” class thus seems to be part of the hearings “of penal significance” category

trouvera réponse si un jour les tribunaux en sont saisis. Cependant, il est utile d’examiner les deux réponses possibles puisqu’elles nous amènent toutes deux à la même conclusion en ce qui concerne le présent cas.

Sans ici décider de cette question, je crois que cette classe «familiale» fait effectivement partie de la catégorie des «matières d’importance pénale». D’entrée de jeu, je souligne que ces audiences se tiennent devant les tribunaux judiciaires, non pas devant les tribunaux administratifs. Par conséquent, comme je l’explique plus en détail *infra*, de telles audiences revêtent automatiquement une «importance pénale» notamment en vertu de la possibilité de condamnation pour outrage au tribunal.

Même si l’on applique la catégorisation à cette classe «familiale» à des fins analytiques et explicatives, sur l’hypothèse que de tels litiges seraient entendus devant un tribunal quasi judiciaire, on arrive au même résultat. L’«importance pénale» devrait se déterminer par l’impact que peut avoir la décision sur les personnes impliquées dans le litige. La décision a-t-elle un impact égal en importance à celui qu’aurait une sentence pénale? C’est dans de tels cas que le justiciable doit disposer d’un niveau plus élevé de garanties procédurales. La nature même de tels litiges, en raison des conséquences humaines qui en découlent, a un impact de la plus grande importance sur la personne impliquée. La classe «familiale» apparaît donc comme faisant partie de la catégorie des audiences «d’importance pénale» par sa nature même.

Ensuite, outre la possibilité de condamnation pour outrage au tribunal, la classe «familiale» comporte d’autres possibilités de sanctions d’importance pénale, notamment les saisies découlant d’ordonnances alimentaires. Par ailleurs, le chapitre IV du titre V du livre premier du *Code civil du Bas Canada*, qui concernait les demandes en nullité de mariage, comportait la possibilité d’une amende de 500 \$ pour le fonctionnaire célébrant le mariage (art. 157 (abrogé en 1980)). La classe «familiale» apparaît donc comme faisant partie de

because of the sentences that may be imposed in such cases.

Accordingly, if this “family” class is part of the “matters of penal significance” category, this is another clear indication that Chapter III of Part I and s. 23 of the *Charter* should be placed in that category.

Alternatively, is this “family” class part of the matters “of non-penal significance” category? *A priori*, I do not think so: matters “of penal significance” may exist in any area of the law, be it property and civil rights, public law, criminal law or some other area. However, assuming that this “family” class is part of the “non-penal significance” category, what would the consequences be?

The legislature would rightly have removed elements that did not belong in Chapter III of Part I of the *Charter* because they did not fit into a chapter that is essentially “of penal significance”. The legislature would rightly have placed those elements where they do belong, that is, in a general part of the law: the *Code of Civil Procedure*, which includes elements from both the “penal significance” category and the “non-penal significance” category.

Thus, if this “family” class is part of the “non-penal significance” category, its removal from the *Charter* and transfer to the *Code of Civil Procedure* is another clear indication that Chapter III of Part I and s. 23 of the *Charter* should be placed in the “penal significance” category.

Accordingly, the legislative evolution of s. 23 leads to the same definition of the term “quasi-judicial” in s. 56(1): the definition whose denotation is limited to “quasi-judicial tribunals dealing with matters of penal significance”.

la catégorie des audiences «d'importance pénale» à cause des sentences que ces litiges peuvent entraîner.

Par conséquent, si cette classe «familiale» fait partie de la catégorie des «matières d'importance pénale», alors il s'agit d'une autre indication qui milite clairement en faveur de cette catégorisation pour le chapitre III de la partie I et l'art. 23 de la *Charte*.

Alternativement, cette classe «familiale» fait-elle partie de la catégorie des matières «d'importance non pénale»? *À priori*, je ne le crois pas: il peut y avoir des matières «d'importance pénale» dans n'importe quel domaine du droit: que ce soit en propriété et droit civil ou en droit public, pénal ou autre. Mais à supposer que cette classe «familiale» fasse partie de la catégorie «d'importance non pénale», quelle serait la conséquence de cet état de choses?

Le législateur aurait retranché, à bon droit, des éléments étrangers au chapitre III de la partie I de la *Charte*, parce que ces éléments ne vont pas dans un chapitre essentiellement «d'importance pénale». Le législateur aurait placé, à bon droit, ces éléments là où ils vont, c'est-à-dire dans une section générale du droit: le *Code de procédure civile*, qui comprend des éléments des deux catégories «d'importance pénale» et «d'importance non pénale».

Donc, si cette classe «familiale» fait partie de la catégorie «d'importance non-pénale», son retranchement de la *Charte* et son transfert au *Code de procédure civile* constituent une autre indication qui milite clairement en faveur de la catégorisation «d'importance pénale» pour le chapitre III de la partie I et l'art. 23 de la *Charte*.

Par conséquent, l'évolution législative de l'art. 23 m'amène à la même définition de l'expression «quasi judiciaire» du par. 56(1): la définition dont l'extension est restreinte aux «tribunaux quasi judiciaires siégeant en matière d'importance pénale».

231

232

233

234

235

(6) External Context

236

After finding that an informed interpretation of the immediate, broader and general contexts always leads to the same definition of the term “quasi-judicial”, that is, one whose denotation is limited to the “matters of penal significance” category, I will now look at the external context that existed when the *Charter* was enacted and that remains substantially the same today.

237

The legislature is presumed to be competent and to have knowledge of all the legislation and case law in existence at the time a statute is enacted: *The Queen v. Inhabitants of Watford* (1846), 9 Q.B. 626, 115 E.R. 1413, at p. 1417 (*per* Lord Denman C.J.). This presumption was expressed as follows by *Driedger on the Construction of Statutes, supra*, at pp. 156-57:

The legislature is presumed to know all that is necessary to produce rational and effective legislation. This presumption is very far-reaching. It credits the legislature with the vast body of knowledge of which judicial notice may be taken as well as anything contained in briefs or reports tabled with legislation. The legislature is presumed to have a mastery of existing law, both common law and statute law, as well as the case law interpreting statutes. It is also presumed to have knowledge of practical affairs. . . .

Logically, the substance of what the legislature is presumed to know must be knowledge that was available to it at the time the legislation was enacted. [Emphasis added.]

238

The *Charter* was drafted in successive stages from 1968 to 1974; it was passed in 1975 and came into force in 1976. During that entire period, it must be presumed that the Quebec legislature had knowledge of all the relevant law. I now intend to briefly review that relevant law, which served as a source of inspiration for the legislature in completing the drafting of the *Charter*. The relevant provisions, reproduced in chronological order according to when they came into force, are as follows.

(6) Le contexte externe

Après avoir constaté qu’une lecture éclairée des contextes immédiat, élargi et général m’amène toujours à la même définition de l’expression «quasi judiciaire», c’est-à-dire la définition dont l’extension est restreinte à la catégorie des «matières d’importance pénale», je vais maintenant regarder le contexte externe qui prévalait au moment de l’adoption de la *Charte*, et qui demeure substantiellement le même jusqu’à ce jour.

On présume que le législateur est compétent et qu’il connaît l’ensemble de la législation et de la jurisprudence au moment de l’adoption d’une loi: *The Queen c. Inhabitants of Watford* (1846), 9 Q.B. 626, 115 E.R. 1413, à la p. 1417 (le lord juge en chef Denman). Selon la formulation de cette présomption énoncée dans *Driedger on the Construction of Statutes, op. cit.*, aux pp. 156 et 157:

[TRADUCTION] Le législateur est présumé connaître tout ce qui est nécessaire pour produire des lois rationnelles et efficaces. Cette présomption a une très large portée. Elle reconnaît au législateur le vaste bagage de connaissances dont les tribunaux peuvent prendre connaissance d’office ainsi que tout renseignement contenu dans les mémoires ou rapports déposés en même temps que la loi. Le législateur est présumé maîtriser le droit existant, tant la common law que le droit d’origine législative, ainsi que la jurisprudence interprétant les lois. Il est également présumé avoir une connaissance des affaires pratiques . . .

Logiquement, les connaissances que le législateur est présumé posséder sont, en substance, celles qui étaient disponibles lorsque la loi a été édictée. [Je souligne.]

La *Charte* a été rédigée par ébauches successives de 1968 à 1974; elle a été adoptée en 1975 et est entrée en vigueur en 1976. Pendant toute cette période, on doit présumer que le législateur québécois avait connaissance de l’ensemble du droit pertinent. Je me propose maintenant de passer rapidement en revue ce droit pertinent dont le législateur s’est inspiré pour mener à terme la rédaction du libellé de la *Charte*. Je reproduis ici les dispositions pertinentes en ordre chronologique d’entrée en vigueur.

1948 — *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71, art. 10:

Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him. [Emphasis added.]

1950 — *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, art. 6(1):

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. [Emphasis added.]

1960 — *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, s. 2(e) and (f):

... no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

(f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause; [Emphasis added.]

1966 — *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(1):

All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. . . . [Emphasis added.]

1975 — *Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1975, c. 6, s. 23:

1948 — *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71, art. 10:

Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. [Je souligne.]

1950 — *Convention européenne des droits de l'Homme*, 213 R.T.N.U. 221, art. 6(1):

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. [Je souligne.]

1960 — *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, al. 2e) et f):

... nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable; [Je souligne.]

1966 — *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(1):

Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil . . . [Je souligne.]

1975 — *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, ch. 6, art. 23:

Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

239 The wording of s. 23 of the *Charter* therefore appears to be a sort of digest of the wording of the *Universal Declaration of Human Rights*. The legislature removed a number of terms from that wording, including "criminal"; *a priori*, it might be thought that this is an indication that the legislature intended the provision to apply to both "penal" and "civil" matters. However, it is necessary to look further and read all the provisions that existed when the *Charter* was enacted.

Le libellé de l'art. 23 de la *Charte* apparaît donc comme une sorte de condensé du libellé de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. Le législateur en a retranché plusieurs termes, y compris les termes «en matière pénale»; *a priori*, on pourrait penser que cela constitue une indication de l'intention que la disposition s'applique autant au «pénal» qu'au «civil». Cependant, il faut regarder plus loin et lire l'ensemble des textes disponibles au moment de l'adoption de la *Charte*.

240 The other three provisions very clearly distinguish applicability in "civil" matters from applicability in "criminal" matters. This distinction is made explicitly in these provisions through the use of the "in . . . civil . . . or . . . criminal" structure in the *European Convention of Human Rights* and the "in . . . criminal . . . or . . . suit at law" structure in the *International Covenant on Civil and Political Rights*, and through the clear separation into two different paragraphs in the *Canadian Bill of Rights*. All of these provisions existed when the *Charter* was enacted and it must be assumed that the legislature had full knowledge of them.

Les trois autres textes distinguent très nettement l'applicabilité «en matière civile» et «en matière pénale». Cette distinction est faite de manière explicite dans ces textes, par l'emploi de la structure «soit [. . .] civil, soit [. . .] pénal» dans le cas de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, et par la séparation claire en deux alinéas distincts dans la *Déclaration canadienne des droits*. Tous ces textes étaient disponibles au moment de l'adoption de la *Charte*, et il faut présumer que le législateur en avait pleine connaissance.

241 This idea of a clear distinction between the "non-penal" sphere and the "penal" sphere when it comes to judicial protection was very well known when the *Charter* was passed. Professor Tarnopolsky referred to it as follows in the context of the *Canadian Bill of Rights* (*The Canadian Bill of Rights* (2nd ed. 1975), at p. 259):

Cette idée de distinction claire entre le domaine «non pénal» et le domaine «pénal» en ce qui concerne les protections judiciaires était très bien connue à l'époque de l'adoption de la *Charte*. Le professeur Tarnopolsky en a fait état dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits* (*The Canadian Bill of Rights* (2^e éd. 1975), à la p. 259):

It seems that Parliament intended the two subsections [2(e) and (f) of the *Canadian Bill of Rights*] to cover civil and criminal hearings respectively. Subsection (e) uses terms which are usually applicable to standards used by courts to supervise administrative agencies which are required to hold hearings. Subsection (f) on the other hand, refers specifically to a hearing where a person is "charged with a criminal offence". [Emphasis added.]

[TRANSLATION] Il semble que le Parlement entendait que les deux alinéas [2e) et f) de la *Déclaration canadienne des droits*] s'appliquent respectivement aux affaires civiles et criminelles. À l'alinéa e), on utilise des termes habituellement applicables aux normes auxquelles ont recours les tribunaux judiciaires pour contrôler les décisions des tribunaux administratifs qui sont tenus de tenir des audiences. Par ailleurs, l'alinéa f) vise expressément les audiences au cours desquelles une personne est «accusée d'un acte criminel». [Je souligne.]

If the Quebec legislature had really intended to make s. 23 applicable to both “non-penal” and “penal” matters, would it not have been much simpler for it to use the explicit wording of the other three provisions? Would it not have been much more consistent with the rules of sound legislative drafting to make that applicability explicit in two ways: through the wording of the section itself, in two paragraphs, and by positioning the section in another part of the *Charter*, not in Chapter III but somewhere else where its applicability would not have been ambiguous?

I note that this distinction was the subject of academic debate at the time; I further note that clear distinctions already existed in the other available wordings that were used as models for drafting s. 23. All of this makes the legislature’s intention in passing ss. 23 and 56(1) clear: it intended that they apply to “matters of penal significance”.

If the legislature had intended to make these provisions applicable to every agency that makes quasi-judicial decisions, it would have (1) drafted them with a clear wording, using the ready-made models that were available, and (2) placed them elsewhere than in Chapter III.

C. Conclusion

Did the Quebec legislature intend that a quasi-constitutional remedy invalidating enabling legislation *erga omnes* should be available in respect of every quasi-judicial decision, or only in respect of quasi-judicial decisions of penal significance? This intention can be determined by reading the relevant provisions in context and assessing which of the two possible interpretations is the most plausible.

In the immediate context, the denotation of the terms listed in s. 56(1) should be limited to the “matters of penal significance” concept pursuant to the *noscitur a sociis* rule. In the context of Chapter III of Part I of the *Charter*, s. 23 should be limited to “matters of penal significance” pursuant to the

Si le législateur québécois avait vraiment eu l’intention de rendre l’art. 23 applicable tant au domaine «non pénal» qu’au domaine «pénal», ne lui aurait-il pas été beaucoup plus facile d’adopter le libellé explicite des trois autres textes? N’aurait-il pas été bien plus conforme aux règles de saine rédaction législative de rendre l’applicabilité explicite par deux moyens: le libellé de l’article lui-même en deux alinéas, et la position de l’article dans une autre section de la *Charte*, non pas dans le chapitre III, mais ailleurs, où son applicabilité n’aurait pas été ambiguë?

Je note le fait que cette distinction soulevait à l’époque des débats doctrinaires; je remarque en outre que des distinctions claires existaient déjà dans les autres libellés disponibles et qui ont servi de modèles de rédaction de l’art. 23. Le tout donne une vision claire de l’intention du législateur au moment de l’adoption de l’art. 23 et du par. 56(1): l’intention est que ceux-ci s’appliquent dans des «matières d’importance pénale».

Si le législateur avait eu l’intention de faire appliquer ces dispositions à n’importe quel organisme qui prend des décisions de nature quasi judiciaire, (1) il aurait rédigé le libellé clairement, selon les modèles déjà tout faits et disponibles, et (2) il aurait placé les dispositions ailleurs que dans le chapitre III.

C. Conclusion

Le législateur québécois avait-il l’intention d’étendre un recours quasi constitutionnel en annulation *erga omnes* de la loi habilitante à toute décision quasi judiciaire, ou seulement aux décisions quasi judiciaires d’importance pénale? Cette intention se détermine par une lecture contextuelle des dispositions pertinentes, en évaluant laquelle des deux interprétations possibles est la plus plausible.

Dans le contexte immédiat, l’extension des termes de l’énumération du par. 56(1) devrait être restreinte à la notion de «matière d’importance pénale» en vertu de la règle *noscitur a sociis*. Dans le contexte du chapitre III de la partie I de la *Charte*, l’art. 23 devrait être limité au domaine des

242

243

244

245

246

principles of contextual interpretation and sound legislative drafting. In the context of the statute as a whole, an interpretation of s. 23 that is not limited to “matters of penal significance” makes the *Charter* internally incoherent. Finally, the external context furnished the Quebec legislature with an explicit and clear model for the wording of s. 23 that would easily have enabled it to clearly express an intention to have the section apply to the “non-penal” sphere; however, the legislature chose not to use that wording.

247 After interpreting the provisions in an informed manner using the “modern” contextual approach, I conclude that the term “quasi-judicial” in s. 56(1) of the *Charter* has the following denotation: “quasi-judicial in areas of penal significance”. Accordingly, since in the case at bar the Régie des permis d'alcool did not make a quasi-judicial decision in the “matters of penal significance” category, the *Charter* is not applicable. The instant case is governed rather by administrative law and the remedies of evocation and declaration.

248 Since the *Charter* is not applicable, it is not necessary to resolve the specific issue of whether the provisions in question have codified, replaced or repealed the common law. However, I note on an incidental basis that the *Charter* is not a “complete code that excludes or supplants the common law” in the area of administrative law.

D. Consequences of the “Penal Significance” and “Non-Penal Significance” Categorization

249 What are the consequences of this categorization for administrative law and the law in general? First of all, a clarification must be made here. There is no doubt that the term “tribunal” used in both the English and French versions of s. 23 includes a court hearing any type of matter. I refer to arts. 4(j) and 22 of the *Code of Civil Procedure* and s. 1 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, in the English versions of which the French term “tribunal” is translated as “court”:

«matières d'importance pénale» en vertu des principes d'interprétation contextuelle et de saine rédaction législative. Dans le contexte de la loi dans son ensemble, une interprétation de l'art. 23 qui n'est pas restreinte au domaine des «matières d'importance pénale» conduit à des incohérences internes contradictoires dans la *Charte*. Enfin, le contexte externe fournissait au législateur québécois un modèle de libellé explicite et limpide qui lui aurait facilement permis d'exprimer clairement une intention d'applicabilité au domaine «non pénal»; or, le législateur a choisi de ne pas retenir ce libellé.

Après une lecture éclairée des dispositions selon l'approche contextuelle «moderne», je conclus que l'expression «quasi judiciaire» du par. 56(1) de la *Charte* a l'extension suivante: «quasi judiciaire dans les domaines d'importance pénale». En conséquence, la Régie des permis d'alcool n'ayant pas en l'espèce pris une décision de nature quasi judiciaire dans la catégorie des «matières d'importance pénale», la *Charte* ne trouve pas application dans le litige qui nous est soumis. Le présent litige relève plutôt du droit administratif et des recours en évocation et en déclaration.

Puisque la *Charte* ne s'applique pas, il n'est pas nécessaire de répondre aux questions spécifiques, à savoir si les dispositions ont codifié, remplacé ou abrogé la common law. Je note toutefois, accessoirement, que la *Charte* ne constitue pas un «code complet qui a pour effet d'exclure ou de supplanter la common law» dans le domaine du droit administratif.

D. Conséquences de la catégorisation «importance pénale» et «importance non pénale»

Quelles sont les conséquences de cette catégorisation en droit administratif et en droit au sens large? Tout d'abord, une précision s'impose ici. Il ne fait aucun doute que le terme «tribunal» de l'art. 23 comprend clairement tout tribunal judiciaire siégeant en n'importe quelle matière. Je me réfère à l'al. 4j) et à l'art. 22 du *Code de procédure civile*, de même qu'à l'art. 1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16:

4. . . .

(j) "court" means one of the courts of justice enumerated in article 22 or a judge presiding in a courtroom.

22. The courts under the legislative authority of Québec which have jurisdiction in civil matters are:

- (a) the Court of Appeal;
- (b) the Superior Court;
- (c) the Court of Québec;

. . . .

(e) the municipal courts.

1. The Courts of Québec, in civil, criminal and mixed matters, are:

- The Court of Appeal;
- The Superior Court;
- The Court of Québec;
- The Municipal Courts.

Of course, if the court hears criminal cases or penal cases under provincial law, all of Chapter III of Part I of the *Charter* applies. If the court hears other types of cases, for example, property and civil rights cases, the hearing still has "penal significance", *inter alia* because the court always has the power to find a party in contempt of court and punish that party accordingly: see arts. 1, 14, 15, 49 to 54 and 84 of the *Code of Civil Procedure*. Chapter III of the *Charter* therefore applies to the courts, whether they are hearing penal cases or civil cases.

In any event, the matters "of penal significance" and "of non-penal significance" categorization that I have established in this appeal does not really have any practical application in the case of the courts; this categorization applies solely to a "person or agency exercising quasi-judicial functions" pursuant to s. 56(1) of the *Charter*. One way to understand this categorization is to ask the following question: is the impact of the administrative agency's decision on the persons involved significant enough to warrant procedural protection as broad as that provided for in Chapter III of Part I

4. . . .

j) «tribunal»: une des cours de justice énumérées à l'article 22 ou un juge qui siège en salle d'audience.

22. Les tribunaux qui relèvent de l'autorité législative du Québec et ont une compétence en matière civile sont:

- a) la Cour d'appel;
- b) la Cour supérieure;
- c) la Cour du Québec;

. . . .

e) les cours municipales.

1. Les tribunaux du Québec, en matières civiles, criminelles ou mixtes, sont:

- La Cour d'appel;
- La Cour supérieure;
- La Cour du Québec;
- Les Cours municipales.

Évidemment, si le tribunal siège en matière criminelle ou pénale provinciale, tout le chapitre III de la partie I de la *Charte* s'applique. Si le tribunal judiciaire siège en toute autre matière, par exemple en matière de propriété et de droit civil, l'audience est quand même toujours «d'importance pénale» notamment parce que le tribunal judiciaire conserve à tout moment le pouvoir de condamner pour outrage au tribunal et d'imposer une peine en conséquence: voir les art. 1, 14, 15, 49 à 54 et 84 du *Code de procédure civile*. Par conséquent, le chapitre III de la *Charte* s'applique aux tribunaux judiciaires, qu'il s'agisse d'audiences en matière pénale ou civile.

De toute façon, la catégorisation des matières «d'importance pénale» et «d'importance non pénale» que nous traçons dans le présent pourvoi ne trouve pas vraiment d'application pratique dans le cas des tribunaux judiciaires; cette catégorisation s'applique uniquement aux «personne[s] ou [...] organisme[s] exerçant des fonctions quasi judiciaires» selon l'objet du par. 56(1) de la *Charte*. Une des façons d'appréhender cette catégorisation est de se poser la question suivante: la décision de l'organisme administratif a-t-elle un impact suffisamment important sur les personnes

250

251

of the *Charter*? If so, the agency in question falls within the category created by s. 56(1), and s. 23 applies. If not, the agency in question does not fall within the s. 56(1) category and, since s. 23 does not apply, the common law will govern the situation.

impliquées pour justifier des protections procédurales de l'ampleur de celles qui sont prévues au chapitre III de la partie I de la *Charte*? Si c'est le cas, l'organisme en question est inclus dans la catégorie créée par le par. 56(1) et, conséquemment, l'art. 23 s'applique. Si ce n'est pas le cas, l'organisme en question n'est pas inclus dans la catégorie du par. 56(1) et, l'art. 23 ne s'appliquant pas, ce sera la common law qui gouvernera la situation.

252 Even in administrative law cases to which Chapter III of Part I of the *Charter* does not apply, it should be borne in mind that all administrative and quasi-judicial acts are subject, *inter alia*, to the *audi alteram partem* and *nemo judex in propria sua causa debet esse* rules under the common law. In each case, the court responsible for reviewing the decision will have to determine the specific content of the duty the agency has to act fairly or observe natural justice.

Même si le chapitre III de la partie I de la *Charte* ne s'appliquait pas à un cas particulier en droit administratif, il faut garder à l'esprit que tout acte administratif ou quasi judiciaire est assujéti notamment aux règles de common law *audi alteram partem* et *nemo judex in propria sua causa debet esse*. Dans tous les cas, il reviendra au tribunal judiciaire chargé de réviser une décision de déterminer le contenu spécifique de l'obligation d'agir équitablement, ou de celle de se conformer à la justice naturelle, à laquelle l'organisme doit se conformer.

253 Depending on the facts of the case, the level of common law procedural protection might be the same as the protection available if Chapter III of Part I of the *Charter* applied, aside, of course, from the invalidation of statutes *erga omnes*. Even the privilege against self-incrimination under s. 38 of the *Charter* would come into play in all applicable cases, in the following manner. First of all, the privilege applies not when the testimony is given, but once an attempt is made to use it in an incriminating fashion: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350. Next, in *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, at p. 1441, I stated the following in reference to testimony before a provincial commission of inquiry:

Tout dépendant de la situation de faits du cas, le niveau de protection procédurale de common law pourrait être identique à celui qui serait offert si le chapitre III de la partie I de la *Charte* s'appliquait, exception faite bien entendu de l'invalidation des lois *erga omnes*. Même le privilège contre l'auto-incrimination prévu à l'art. 38 de la *Charte* entrerait en jeu dans tous les cas applicables, comme suit. Tout d'abord, le privilège s'applique non pas lorsque le témoignage a lieu, mais plutôt à partir du moment où l'on tente de l'utiliser de manière incriminante: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350. Ensuite, dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, à la p. 1441, j'ai précisé, dans le contexte de témoignages devant une commission d'enquête provinciale, que:

Furthermore, ss. 11 and 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* . . . guarantee that regardless of what evidence was tendered during the inquiry . . . Ms. Starr or anyone else implicated will be protected against the subsequent use of testimony given at the inquiry should the matter ever be prosecuted in a court of law.

En outre, les art. 11 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, [. . .] garantissent qu'indépendamment des éléments de preuve présentés au cours de l'enquête [. . .] M^{me} Starr ou toute autre personne impliquée sera protégée contre l'utilisation ultérieure des témoignages présentés à l'enquête si l'affaire devait faire l'objet de poursuites judiciaires.

In my view, therefore, in an administrative law context the privilege against self-incrimination under s. 38 of the *Charter* would be applicable once an attempt was made to use for the purpose of incrimination, testimony given *ex ante* before an administrative agency. For other examples of common law procedural protection, see generally, for instance, D. P. Jones, A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (2nd ed. 1994), at pp. 229-369.

In reality, *erga omnes* invalidation is the only right conferred by Chapter III of Part I of the *Charter* that could not be conferred on a litigant under the common law in an administrative law context.

IV. Summary

1. In Quebec public law, the common law generally applies, subject to legislative amendments. Accordingly, administrative law issues should first be considered from the perspective of the common law.

2. Agencies that perform quasi-judicial or administrative acts are subject to the *nemo judex in propria sua causa debet esse* rule in accordance, respectively, with the duty to act in accordance with natural justice and the duty to act fairly.

3. The *nemo judex* rule includes a duty to be impartial. An agency can be either impartial or biased: there is no intermediate option. Reasonable apprehension of bias is the indicator that allows this issue to be resolved judicially. Would the agency cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases? If so, a legal finding of bias will result; if not, a legal finding of impartiality will be made.

4. The agency's independence from the executive branch of government is a prerequisite for, but is not sufficient to guarantee, impartiality. Tribunals are never perfectly independent; their inde-

254
Donc, à mon avis, dans le cas d'une situation de droit administratif, le privilège contre l'auto-incrimination prévu à l'art. 38 de la *Charte* entrerait en jeu à partir du moment où l'on tenterait, à des fins d'incrimination, d'utiliser un témoignage déposé *ex ante* devant un organisme administratif. Pour d'autres exemples de protections procédurales prévues par la common law, voir généralement, par exemple, D. P. Jones, A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (2^e éd. 1994), aux pp. 229 à 369.

255
En réalité, l'invalidation *erga omnes* est le seul droit conféré par le chapitre III de la partie I de la *Charte* qui ne pourrait pas être accordé à un justiciable en vertu de la common law dans une situation de droit administratif.

IV. Sommaire

256
1. En droit public québécois, la common law s'applique de façon générale, sous réserve des amendements législatifs. Il est donc opportun de traiter les questions de droit administratif, dans un premier temps, sous l'angle de la common law.

257
2. Les organismes posant des actes quasi judiciaires ou des actes administratifs sont assujettis à la règle *nemo judex in propria sua causa debet esse*, en vertu respectivement de l'obligation d'agir conformément à la justice naturelle, ou de l'obligation d'agir équitablement.

258
3. La règle *nemo judex* comprend l'obligation d'impartialité. Un organisme peut être soit impartial, soit partial; il n'y a pas de choix intermédiaire. La crainte raisonnable de partialité est l'indicateur qui permet de trancher la question judiciairement. L'organisme génère-t-il dans un grand nombre de cas une crainte raisonnable de partialité chez la personne bien renseignée? Si c'est le cas, une conclusion juridique de partialité en découlera; si ce n'est pas le cas, s'ensuivra une conclusion juridique d'impartialité.

259
4. L'indépendance de l'organisme par rapport à la fonction exécutive du gouvernement est une condition préalable, mais non suffisante, pour garantir l'impartialité. Les tribunaux ne sont

pendence is relative and varies along a continuum depending on the nature of the tribunal, the institutional constraints it faces and the preemptory nature of its decisions. When a finding of bias is made for some other reason, a judicial analysis of independence may be unnecessary.

jamais parfaitement indépendants; ils sont dans un état d'indépendance relative qui varie selon un continuum en fonction de la nature du tribunal, des contraintes institutionnelles auxquelles celui-ci est soumis, et du caractère péremptoire des décisions qui en émanent. Lorsque l'on conclut à la partialité pour une autre raison, l'analyse judiciaire de l'indépendance peut se révéler superflue.

260 5. In the case at bar, it has been shown that the Régie would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. It should therefore be found that the Régie is biased. By implication, the Régie has violated the *nemo iudex* rule and thus breached its duty to act fairly. This breach opens the door to the common law remedies applicable in the circumstances.

5. En l'espèce, preuve a été faite que la Régie générerait une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas chez la personne bien renseignée. Par conséquent, il y a lieu de conclure à la partialité de la Régie. Par implication, la Régie a enfreint la règle *nemo iudex* et a donc manqué à son obligation d'agir équitablement. Ce manquement ouvre la voie aux recours de common law applicables dans les circonstances.

261 6. Any breach of the duty to be impartial means that the decision in question can be quashed through a motion in evocation under art. 846 of the *Code of Civil Procedure* and that the provisions of the enabling statute can be declared of no force or effect *inter partes* under arts. 453 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*.

6. Tout manquement à l'obligation d'impartialité donne droit à un recours en cassation au moyen d'une requête en évocation en vertu de l'art. 846 du *Code de procédure civile*, et à un recours en déclaration du caractère inopérant *inter partes* des dispositions de la loi habilitante en vertu des art. 453 et suiv. du *Code de procédure civile*.

262 7. When an administrative agency makes a quasi-judicial decision in the matters of penal significance category, the same common law remedies mentioned above are available; however, ss. 23 and 56(1) of the *Charter* also come into play and provide other additional remedies. In the event of a breach of the duty to be impartial in this category, the aggrieved individual may also have the enabling statute struck down *erga omnes*, in whole or in part, under s. 52 of the *Charter*.

7. Lorsque l'organisme administratif prend une décision de nature quasi judiciaire dans la catégorie des matières d'importance pénale, les mêmes recours de common law précités sont disponibles; mais en plus, l'art. 23 et le par. 56(1) de la *Charte* entrent en opération et accordent d'autres recours qui s'ajoutent aux précédents. En cas de manquement à l'obligation d'impartialité dans cette catégorie, l'individu lésé peut obtenir, en plus, l'annulation *erga omnes* de la loi habilitante, en tout ou en partie, en vertu de l'art. 52 de la *Charte*.

263 8. In the case at bar, the Régie's decision was not a quasi-judicial decision in the matters of penal significance category. It was a decision about the suspension and cancellation of liquor permits. This type of decision falls within the "non-penal" category. Accordingly, s. 23 of the *Charter* is not applicable to the circumstances of this case. The

8. En l'espèce, la décision qu'a prise la Régie n'était pas une décision de nature quasi judiciaire dans la catégorie des matières d'importance pénale. Il s'agissait d'une décision relative à la suspension et à la révocation de permis d'alcool. Ce type de décision fait partie de la catégorie «non pénale». Par conséquent, l'art. 23 de la *Charte*

erga omnes declaratory remedy is not available in the instant case.

V. Disposition

For these reasons, I would dispose of the appeal as suggested by my colleague Gonthier J., but solely on the basis of the rules of administrative law.

Appeal allowed with costs to the respondent.

Solicitors for the appellants: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Simon Venne and Marie Paré, Montréal.

n'entre pas en opération dans les circonstances de l'espèce. Le recours déclaratoire *erga omnes* n'est pas disponible en l'espèce.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je disposerais de l'appel comme le suggère mon collègue le juge Gonthier, mais uniquement sur la base des règles de droit administratif.

Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimée.

Procureurs des appelants: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Simon Venne et Marie Paré, Montréal.



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

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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1996 Vol. 3

and Tables

Cited as [1996] 3 S.C.R. { i-iii
1043-1243

6^e cahier, 1996 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1996] 3 R.C.S. { i-iii
1043-1243

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xv
Table of Cases Cited	xxiii
Statutes and Regulations Cited	xli
Authors Cited	xlvi
Index	1231

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xix
Table de la jurisprudence	xxiii
Lois et règlements cités	xlili
Doctrine citée	xlvi
Index	1237

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Bramwell 1126

Criminal law — Stay of proceedings — Trial judge erring in granting stay of proceedings — Court of Appeal justified in reviewing and reversing trial judge's exercise of discretion.

R. v. Hawkins 1043

Criminal law — Evidence — Witnesses — Competency and compellability — Spouses — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether common law rule of spousal incompetence should be modified in circumstances of case.

Criminal law — Evidence — Witnesses — Evidence previously taken — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether Crown should have been able to read preliminary inquiry testimony into evidence at trial under s. 715 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.

Criminal law — Evidence — Hearsay — Exceptions to hearsay rule — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether Crown should have been able to read preliminary inquiry testimony into evidence at trial as principled exception to hearsay rule — Whether witness's prior statements satisfy necessity and reliability requirements.

R. v. Hinchey 1128

Criminal law — Corruption — Elements of offence — Government official or employee — Accepting of a "commission, reward, advantage or benefit of any kind" — Provincial government employee's wife placed on payroll of company having dealings with government but never asked to do any work — Whether elements of offence proven — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121(1)(c).

Criminal law — Trial — Charge to jury — Conduct of trial — Whether trial judge's errors and persistent interference preventing accused from receiving fair trial — Whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Bramwell 1126

Droit criminel — Arrêt des procédures — Le juge du procès a fait erreur en accordant l'arrêt des procédures — La Cour d'appel était justifiée de contrôler l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire et d'infirmer sa décision.

R. c. Hawkins 1043

Droit criminel — Preuve — Témoins — Habilité à témoigner et contraignabilité — Conjoints — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner devrait-elle être modifiée dans les circonstances de l'espèce?

Droit criminel — Preuve — Témoins — Témoignage recueilli antérieurement — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — Le ministère public aurait-il dû être autorisé à lire à titre de preuve au procès le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire conformément à l'art. 715 du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.

Droit criminel — Preuve — Ouf-dire — Exceptions à la règle du ouf-dire — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — Le ministère public aurait-il dû être autorisé à lire à titre de preuve au procès le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire en application d'une exception de principe à la règle du ouf-dire? — Les déclarations antérieures du témoin satisfont-elles aux exigences de nécessité et de fiabilité?

R. c. Hinchey 1128

Droit criminel — Corruption — Éléments constitutifs de l'infraction — Fonctionnaire ou employé du gouvernement — Acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» — Épouse d'un employé du gouvernement provinciale placée sur la liste de paye d'une compagnie ayant des relations d'affaires avec le gouvernement, mais dont les services n'ont jamais été requis — Les éléments constitutifs de l'infraction ont-ils été prouvés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121(1)(c).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. I. (R.R.).....	1124
Criminal law — Sexual offences — Motion to adduce fresh evidence dismissed — Court of Appeal's judgment dismissing accused's appeal upheld.	
R. v. Nikolovski.....	1197
Criminal law — Evidence — Identification — Videotape recorded by security camera during robbery — Trial judge identifying accused in court as perpetrator of crime on basis of videotape — No corroborating testimony that accused was person depicted in tape — Whether videotape alone provides necessary evidence to enable trier of fact to identify accused as perpetrator of crime — If so, whether trial judge erred in circumstances of case in identifying and convicting accused solely on basis of videotape evidence.	

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Conduite du procès — Les erreurs commises par le juge du procès et son intervention constante ont-elles privé l'accusé d'un procès équitable? — Les dispositions réparatrices sont-elles applicables? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1b)(iii).	
R. c. I. (R.R.).....	1124
Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Rejet d'une requête en production d'une nouvelle preuve — Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel rejetant l'appel de l'accusé.	
R. c. Nikolovski.....	1197
Droit criminel — Preuve — Identification — Bande vidéo enregistrée par la caméra d'un système de sécurité durant un vol qualifié — Le juge du procès a identifié l'accusé devant la cour comme étant l'auteur du crime en se fondant sur la bande vidéo — Aucun témoignage corroborant que l'accusé était la personne figurant sur la bande — Une bande vidéo apporte-t-elle, à elle seule, la preuve nécessaire pour permettre au juge des faits d'identifier l'accusé comme étant l'auteur du crime? — Si oui, le juge du procès a-t-il commis une erreur, dans les circonstances de l'espèce, en identifiant l'accusé et en le déclarant coupable uniquement sur la foi de la preuve par bande vidéo?	



1996 Volume 3

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Christian C.-Després

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Office Manager
Suzanne Giguère

Editorial Assistant
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Christian C.-Després

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Chef de bureau
Suzanne Giguère

Adjointe à l'édition
Ingrid Loyola-Nazareth

**JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

[1993] 2 S.C.R. p. 341, line *b*-3 of the French version.
Read “d’une façon inacceptable” instead of “d’une façon acceptable”.

[1993] 2 R.C.S. p.341, ligne *b*-3 de la version française.
Lire «d’une façon inacceptable» au lieu de «d’une façon acceptable».

MOTIONS — REQUÊTES

(September 1 to December 31, 1996 — 1^{er} septembre au 31 décembre 1996)

- 332252 *B.C. Ltd. v. Watson* (B.C.), 25287, leave to appeal refused with costs, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 595997 *Ontario Inc. v. Peat Marwick Thorne Inc.* (Ont.), 25286, leave to appeal refused with costs, 28.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A.D.M. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25209, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Adrien v. Zittler, Siblin & Associates Inc.* (Ont.), 24711, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Air Canada v. Minister of Revenue* (Ont.), 25295, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allender v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25179, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Alphonso Sr. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25283, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Amato c. Ministre de la Justice du Canada* (Qué.), 25387, notice of discontinuance filed, 15.10.96, avis de désistement produit.
- Asset Management Corporation (1039698 Ontario Ltd.) v. Director (Employment Practices Branch, Ministry of Labour)* (Ont.), 25274, leave to appeal refused with costs, 24.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Association des brasseurs du Québec c. Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc.* (Qué.), 25272, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Association québécoise des pharmaciens propriétaires c. Régie de l'assurance-maladie du Québec* (Qué.), 25291, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ayer v. Shannon* (Alta.), 25363, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B.C. Gas Utility Ltd. v. Westcoast Energy Inc.* (F.C.A.)(B.C.), 25259, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Baker (Dale) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25195, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Baker (Richard) v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 25499, leave to appeal refused, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Bakker v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25358, leave to appeal refused, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Balkan c. Commission des transports du Québec* (Qué.), 25354, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Barrington c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles* (Qué.), 25139, leave to appeal refused with costs, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrington c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 25368, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrons v. Ken Simard Sales Inc.* (Ont.), 25102, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Beaudoin c. Charbonneau* (Qué.), 25331, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bellegarde c. Bell Canada* (Qué.), 25305, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bellon c. Procureur général du Québec* (Crim.)(Qué.), 25308, leave to appeal refused, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Belowitz v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25036, leave to appeal refused, 17.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Bitango v. Murray* (Alta.), 25458, leave to appeal refused with costs, 21.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boka c. Lavoie* (Qué.), 25398, leave to appeal refused with costs, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boréal Assurances Inc. c. Reno-Dépôt* (Qué.), 25158, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bouliane c. Gobeil* (Qué.), 25328, leave to appeal refused with costs, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- British Columbia Utilities Commission v. British Columbia Hydro & Power Authority* (B.C.), 25278, leave to appeal refused with costs, 19.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brochu c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25342, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Bumper Development Corporation Ltd. v. Union of India* (Alta.), 25125, leave to appeal refused with costs, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- CIBC Trust Corporation v. Nash* (Ont.), 25200, leave to appeal refused with costs, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Airlines International Ltd. v. Belloni* (F.C.A.)(B.C.), 25113, leave to appeal refused with costs, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Ross* (Crim.)(Ont.), 25442, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Egg Marketing Agency v. Pineview Poultry Products Ltd.* (N.W.T.), 25192, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Human Rights Commission v. Canadian Liberty Net* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 25228, leave to appeal granted, 10.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Caslake v. The Queen* (Crim.)(Man.), 25023, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Castonguay c. Groupe commerce compagnie d'assurances* (Qué.), 25500, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chavali v. Ault* (Ont.), 25421, leave to appeal refused with costs, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chemagro Ltd. v. Forest Protection Ltd.* (N.B.), 25479, leave to appeal refused with costs, 14.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chiu v. Kung* (Ont.), 25114, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Circo Craft Co. Inc. c. Divco Ltd.* (Qué.), 25289, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada* (Alta.), 25189, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Clemens v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25558, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Collins v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25241, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.

- Comité conjoint des matériaux de construction c. Grillages Bolar (Canada) Inc.* (Qué.), 25346, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Hudson's Bay Co.* (Qué.), 25232, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Hudson's Bay Co.* (Qué.), 25233, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Hudson's Bay Co. (Zellers Inc.)* (Qué.), 25234, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Hudson's Bay Co. (Zellers Inc.)* (Qué.), 25237, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Oshawa Holdings Ltd.* (Qué.), 25236, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. S.S. Kresge Co.* (Qué.), 25235, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Sears Canada Inc.* (Qué.), 25231, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Companhia Siderurgica Nacional v. Canadian International Trade Tribunal (F.C.A.)(Ont.)*, 25204, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Consolidated Maybrun Mines Ltd. v. The Queen* (Ont.), 25326, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Continental Insurance Co. v. Dyne Holdings Ltd.* (P.E.I.), 25428, leave to appeal refused with costs, 21.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Continental Motor Inn Ltd. v. Assessor for the City of Winnipeg (Man.)*, 25377, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Windsor v. Detroit and Windsor Subway Co.* (Ont.), 25149, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Côté c. Addy (C.A.F.)(Qué.)*, 25262, leave to appeal granted, 7.11.96, autorisation de pourvoi accordée.
- D. B. c. G. L.* (Qué.), 25451, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dam c. Daoust* (Qué.), 25266, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dancorp Developments Ltd. v. Metropolitan Trust Co. of Canada* (B.C.), 25355, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- D'Andrade v. Government of Canada* (Ont.), 25310, leave to appeal refused, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Dasent v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 25219, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Dhir v. CIBC Mortgage Corporation* (Ont.), 25301, leave to appeal refused with costs, 12.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dibben c. Ministre de la Justice du Canada* (Crim.)(Qué.), 25406, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Dilalla c. Ville de Montréal* (Qué.), 25523, leave to appeal refused with costs, 19.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Douglas v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25244, leave to appeal refused, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Downtown King West Development Corporation v. Massey Ferguson Industries Ltd.* (Ont.), 25327, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Dubé c. Ville de Hull* (Qué.), 25564, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Duquette c. Compagnie d'assurance Missisquoi* (Qué.), 25454, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Duval v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25298, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Elguindy v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25238, leave to appeal refused, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Entreprises E.A. Bourque (Québec) Inc. c. Corporation municipale de la ville de Hull* (Qué.), 25456, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ernst & Young v. ScotiaMcLeod Inc.* (Ont.), 25111, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Evangelical Lutheran Church in Canada v. Wellington Guarantee* (B.C.), 25399, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Finch v. Association of Professional Engineers* (B.C.), 25349, leave to appeal refused with costs, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fontaine v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 25381, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Fording Coal Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 25057, leave to appeal refused with costs, 19.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fortin c. Clarkson* (Qué.), 25426, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fox v. Fox* (Ont.), 25314, leave to appeal refused with costs, 12.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fraternité des policiers de Rimouski Inc. c. Ville de Rimouski* (Qué.), 25373, leave to appeal refused with costs, 14.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Friends of the Island Inc. v. Minister of Public Works* (F.C.A.)(Ont.), 25150, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Gates v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25472, notice of discontinuance filed, 19.9.96, avis de désistement produit.
- Gauthier (Caroline) c. Houle* (Qué.), 25452, leave to appeal refused with costs, 14.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gauthier (David Allen) c. Corporation municipale de ville de Lac Brôme* (Qué.), 25022, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- General Accident Assurance Co. of Canada v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (N.B.), 24998, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Gibson v. The Queen* (Ont.), 25212, notice of discontinuance filed, 27.11.96, avis de désistement produit.
- Gill v. ScotiaMcLeod Inc.* (Ont.), 25109, leave to appeal and leave to cross-appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident refusées avec dépens.
- Goertz v. Peat, Marwick Thorne Inc.* (Sask.), 25143, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Goertz v. Peat, Marwick Thorne Inc.* (Sask.), 25143, notice of discontinuance filed, 14.11.96, avis de désistement produit.
- Gold v. Primary Developments Ltd.* (Ont.), 25064, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Graff v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25184, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Graphic Communications International Union Local 255-C v. Unisource Canada Inc.* (Alta.), 25288, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Guay Inc. c. Ville de Sainte-Julie* (Qué.), 25296, leave to appeal refused with costs, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guérin c. Ministre de la Justice du Canada* (Crim.)(Qué.), 25412, leave to appeal refused, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Haas v. Berlet* (Ont.), 25461, leave to appeal refused with costs, 21.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haas v. Grinyer* (Ont.), 25455, leave to appeal refused with costs, 21.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hall c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 25369, leave to appeal granted, 7.11.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Hammami v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* (B.C.), 25344, leave to appeal refused with costs, 17.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Harvard Investments Ltd. v. City of Winnipeg* (Man.), 25067, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hayes (Garry) v. The Queen* (Crim.)(Man.), 25297, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Hayes (Gary D.) v. Wadsworth* (Alta.), 25178, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Heaman v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25347, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Heckman v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25447, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Hill v. Hill* (Ont.), 25380, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hôpital Rivière-des-prairies c. Tribunal du travail* (Qué.), 25334, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Horne v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25240, leave to appeal refused, 17.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Housley v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25197, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Hrushka v. Pearce* (Sask.), 25243, leave to appeal refused, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Hudson & Company Insolvency Trustees Inc. v. Christensen* (Alta.), 25400, leave to appeal refused with costs, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Huynh v. The Queen* (F.C.A.)(Man.), 25379, leave to appeal refused with costs, 24.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Chan* (B.C.), 25188, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Irving Paper Inc. v. Communications, Energy and Paperworkers' Union of Canada, Local 601N* (N.B.), 25319, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J. M. Watts Poultry Ltd. v. Ontario Chicken Producers' Marketing Board* (Crim.)(Ont.), 25277, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Janes v. Town of Deer Lake* (Nfld.), 25357, leave to appeal refused, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Jeffries v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25460, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnstone v. British Columbia Maritime Employers Association* (F.C.A.)(B.C.), 25401, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Kaban v. Sett* (Man.), 25108, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kampman v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 25317, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Kapelus (Bohdan Gordon Alexander) v. Carpathia Credit Union Ltd.* (Man.), 25383, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kapelus (Mary) v. Evans* (B.C.), 25360, leave to appeal refused with costs, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kawula v. Metropolitan Trust Co. of Canada* (Sask.), 24988, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Keiling v. Attorney General for Saskatchewan* (Sask.), 25315, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kerrar c. Souyad* (Qué.), 25441, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kerrigan Ventures Corporation v. Reynolds, Mirth, Richards & Farmer* (Alta.), 25186, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- King v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 25362, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kirkfield Park & Arthur Oliver Residents Assoc. Inc. v. City of Winnipeg* (Man.), 25225, leave to appeal refused with costs, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Koch c. Commission hydro électrique de Québec* (Qué.), 25395, leave to appeal refused with costs, 24.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kuntz v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* (B.C.), 25407, leave to appeal refused with costs, 17.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kwon v. Cooper* (Ont.), 25220, leave to appeal refused with costs, 17.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Labelle v. O'Connor* (Ont.), 25137, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lainesse c. Comité de discipline de l'association des courtiers d'assurances de la province de Québec* (Qué.), 25467, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Las Vegas Restaurant & Tavern Ltd. v. Zanzibar Tavern Inc.* (Ont.), 25323, leave to appeal refused with costs, 17.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laverty v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24822, leave to appeal refused, 11.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Law v. Minister of Human Resources Development* (F.C.A.)(B.C.), 25374, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Lawrie v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 25333, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Le v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25254, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Lebras v. The Queen* (Crim.)(Man.), 25316, leave to appeal refused, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Leo P. Abrams & Son Ltd. v. Peat Marwick Thorne Inc.* (Ont.), 25280, leave to appeal refused with costs, 28.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lewis v. The Queen in right of the Province of British Columbia* (B.C.), 24999, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Lo v. The Queen* (B.C.), 25322, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Lombardo c. Ministre de la Justice du Canada* (Crim.)(Qué.), 25405, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Lucas v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25177, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Mackin v. Strange* (N.B.), 25378, leave to appeal refused with costs, 28.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Maison l'Intégrale Inc. c. Tribunal du travail* (Qué.), 25334, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Maisons Arrowood Ltée/Arrowood Homes Ltd. c. Corporation municipale de la ville de Hull* (Qué.), 25457, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manitoba Labour Board v. Radlinsky* (Man.), 25279, leave to appeal refused with costs, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marenco Ltd. v. Province of New Brunswick* (N.B.), 25306, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Martin v. Artyork Investments Ltd.* (Ont.), 25006, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Masse v. Lieutenant Governor in Council* (Ont.), 25462, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- McCullough v. Shannon* (Alta.), 25363, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McDonald v. Interlake School Division No. 21* (Man.), 25144, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McMahon v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25100, leave to appeal refused, 4.11.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Messageries Publi-Maison Ltée c. Société canadienne des postes* (Qué.), 25299, leave to appeal refused with costs, 17.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Métropolitaine, compagnie d'assurance-vie c. Meunier* (Qué.), 25202, leave to appeal refused with costs, 19.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Millar v. Millar* (Alta.), 25307, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Millette c. Comité de discipline de l'association des courtiers d'assurances de la province de Québec* (Qué.), 25469, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of Finance for the Province of New Brunswick v. Union of New Brunswick Indians* (N.B.), 25427, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Ministry of Labour for the Province of Ontario, Employment Standards Branch v. Zitrer, Sibling & Associates Inc.* (Ont.), 24711, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Miramichi Pulp & Paper Inc. v. Director of Assessment* (N.B.), 25205, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Misir v. McCormack* (Ont.), 25330, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montplaisir c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25191, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Montplaisir c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25302, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Muirhead v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25492, leave to appeal refused, 14.11.96, autorisation de pourvoi refusée.
- N. C. c. D. G.* (Qué.), 25518, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Noble v. Minister of Forests for the Province of British Columbia* (B.C.), 25335, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Nowlan v. Midland Transport Ltd.* (N.B.), 25264, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nu-Pharm Inc. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 25136, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Offshore Leasing Inc. v. Adelaide Capital Corporation* (N.S.), 25318, the issue raised concerning whether the guarantee survived a renewal of the principal debt which was not consented to by the applicant is remanded to the Nova Scotia Court of Appeal for consideration in light of the principles set forth in this Court's recent decision in *Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415. In all other respects, the application for leave to appeal is dismissed, 12.12.96, la question de savoir si le cautionnement a survécu au renouvellement de la créance principale, renouvellement auquel n'a pas consenti la requérante est renvoyée à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse pour examen à la lumière des principes énoncés par notre Cour dans son récent arrêt *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415. À tous autres égards, la demande d'autorisation de pourvoi est rejetée.
- Oland v. Adamson* (Alta.), 25338, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Oppong v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 25218, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Ozanic v. Spadafora* (Ont.), 25353, leave to appeal refused with costs, 14.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pacific Cassiar Ltd. v. Energy Resources Conservation Board* (Alta.), 25494, notice of discontinuance filed, 20.11.96, avis de désistement produit.
- Pacific Press Ltd. v. Communications, Energy and Paper Workers Union of Canada, Local 226* (B.C.), 25364, leave to appeal refused with costs, 12.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Parks West Mall Ltd. v. Jennett* (Alta.), 25275, leave to appeal and leave to cross-appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident refusées avec dépens.
- Pascale v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25300, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Patenaude c. Ville de Longueuil* (Qué.), 25463, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Perkin v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25313, leave to appeal refused, 31.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Peterson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25276, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Poirier c. La Reine* (Qué.), 25386, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pokonzie v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 25282, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan* (F.C.A.)(Qué.), 25340, leave to appeal granted, 7.11.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Public Service Alliance of Canada v. National Capital Commission* (F.C.A.)(Ont.), 25172, leave to appeal refused with costs, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Public Service Alliance of Canada v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 25257, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pushpanathan v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 25173, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. C.C.F.* (Crim.)(Ont.), 25198, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. C.J.S.* (Crim.)(P.E.I.), 25194, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Cobb* (Crim.)(Qué.), 25215, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Cogger* (Crim.)(Qué.), 25221, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Kingsley* (Crim.)(Qué.), 25155, notice of discontinuance filed, 5.11.96, avis de désistement produit.
- R. v. Lifchus* (Crim.)(Man.), 25404, leave to appeal granted, 7.11.96, autorisation de pourvoi accordée.

- R. v. Milne* (Crim.)(Ont.), 25436, leave to appeal refused with costs, 12.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Wells* (Crim.)(B.C.), 25435, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Wilson* (Ont.), 25352, notice of discontinuance filed, 5.9.96, avis de désistement produit.
- R. West & Associates Inc. v. Telecom Leasing Canada (TLC) Ltd.* (B.C.), 25193, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Reed v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25420, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Regina Board of Police Commissioners v. Regina Police Association Inc.* (Sask.), 25371, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rhéaume c. Gestion Bo-Ra Ltée* (Qué.), 25422, leave to appeal granted, 5.12.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Rivard c. Comité de discipline de l'association des courtiers d'assurances de la province de Québec* (Qué.), 25468, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rondeau c. Commission des affaires sociales du Québec* (Qué.), 25339, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rosen v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 25199, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roy c. Brochu* (Qué.), 25413, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sanderson v. Master of Titles* (Sask.), 24776, leave to appeal refused with costs, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saskatchewan Medical Postgraduate Committee v. Professional Association of Internes and Residents of Saskatchewan* (Sask.), 25343, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Seward v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25509, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Simard c. La Reine* (Crim.)(Ont.), 25152, leave to appeal refused, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith v. Canadian Tire Acceptance Ltd.* (Ont.), 25080, leave to appeal refused with costs, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société de gestion du BIEF (Montréal) 1991 c. Jean Fortin & Associés Syndics Inc.* (Qué.), 25324, leave to appeal refused, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- St-Laurent c. Dorais* (Qué.), 25224, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stern c. Cité de Côte St-Luc* (Qué.), 25329, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stiles v. Beckett* (B.C.), 25190, leave to appeal refused with costs, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sumitomo Canada Ltd. v. Forest Protection Ltd.* (N.B.), 25496, leave to appeal refused with costs, 14.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sumitomo Chemical Co. v. Forest Protection Ltd.* (N.B.), 25475, leave to appeal refused with costs, 14.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des chauffeurs de la société de transport de la Ville de Laval (CSN) c. Conseil des services essentiels* (Qué.), 25029, leave to appeal refused with costs, 21.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des postiers du Canada, facteur Gilles Mongeon c. Société canadienne des postes* (Qué.), 25151, leave to appeal refused with costs, 19.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat du transport de Montréal c. Leboeuf* (Qué.), 25226, leave to appeal refused with costs, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- TNT Canada Inc. v. The Queen* (Ont.), 25166, leave to appeal refused, 3.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Tatatoapik v. The Queen* (Crim.)(N.W.T.), 25320, leave to appeal refused, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Temelini v. Bonis* (Ont.), 25376, leave to appeal refused with costs, 12.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (C.A.F.)(Qué.), 25336, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (C.A.F.)(Qué.), 25337, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Terris v. Crossman* (P.E.I.), 25294, leave to appeal refused with costs, 28.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tioxide Canada Inc. c. La Reine* (C.A.F.)(Crim.)(Qué.), 25325, leave to appeal refused with costs, 26.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tu-Ell Leasing Ltd. v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 25341, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Twin Grand Developments Ltd. v. Metropolitan Trust Co. of Canada* (Sask.), 24988, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Union of B.C. Performers v. Lewis* (B.C.), 25253, leave to appeal refused with costs, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United States of America c. Cazzetta* (Crim.)(Qué.), 25478, leave to appeal refused, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Vader v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25265, leave to appeal refused, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Ville de Longueuil c. Godbout* (Qué.), 24990, leave to appeal and leave to cross-appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident accordées.
- Ville de Québec c. Hospitalité Commonwealth Ltée* (Qué.), 25470, leave to appeal refused with costs, 19.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Volpi v. Investors Group Trust Co.* (Ont.), 25229, leave to appeal refused with costs, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vriend v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 25285, leave to appeal and leave to cross-appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident accordées.
- Waddell v. The Queen in right of Canada* (Crim.)(B.C.), 25213, leave to appeal refused, 10.10.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Walia v. Thai Airways International Ltd.* (B.C.), 25415, leave to appeal refused with costs, 5.12.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Watson v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25332, leave to appeal refused, 5.9.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Westmorland Fisheries Ltd. 049575 N.B. Ltd. v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 25284, leave to appeal refused, 28.11.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Williams v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25375, leave to appeal granted, 3.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Winnipeg Child and Family Services v. G. (D.F.)* (Man.), 25508, leave to appeal granted, 18.10.96, autorisation de pourvoi accordée.
- Wong v. Shell Canada Ltd.* (Alta.), 25056, leave to appeal refused with costs, 12.9.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Worth v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25382, leave to appeal refused, 7.11.96, autorisation de pourvoi refusée.
- Yoneda v. Yoneda* (B.C.), 25488, leave to appeal refused with costs, 21.11.96, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		D	
Adams, R. v.....	101	Dawson, R. v.....	783
Adler v. Ontario	609	Doiron, R. v.....	525
Athey v. Leonati.....	458		
Augustus v. Communauté urbaine de Montréal	268		
Augustus v. Gosset.....	268	E	
		Everett Lord Building Construction Ltd., Hospitality Investments Ltd. v.....	605
B			
Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs.....	566	G	
Bell v. Canadian Human Rights Commission	854	G. (R.M.), R. v.....	362
Biscette, R. v.	599	Gibbs, Battlefords and District Co-operative Ltd. v.	566
Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce.....	727	Gosset, Augustus v.....	268
Bramwell, R. v.	1126	Guimond v. Quebec (Attorney General).....	347
C		H	
Canada (Human Rights Commission), Cooper v. Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General).....	480	Hawkins, R. v.....	1043
Canadian Human Rights Commission, Bell v.	854	Hinchey, R. v.	1128
Canadian Imperial Bank of Commerce, Boma Manufacturing Ltd. v.....	727	Hospitality Investments Ltd. v. Everett Lord Building Construction Ltd.....	605
Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City).....	84	Howell, R. v.	604
Communauté urbaine de Montréal, Augustus v. Conlin, Manulife Bank of Canada v.	415		
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	854	I	
Côté, R. v.	139	I. (R.R.), R. v.	1124

	PAGE		PAGE
J		Q	
Jacques, R. v.	312	Quebec (Attorney General), Guimond v.	347
		Quebec (Attorney General), Michaud v.	3
		Quebec (Attorney General) v. 2747-3174 Québec Inc.	919
K		Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	211
Katz v. Vancouver Stock Exchange	405	Quebec (Régie des permis d'alcool), 2747-3174 Québec Inc. v.	919
Keshane, R. v.	413		
Knox, R. v.	199		
L		R	
Lavery, R. v.	412	R. v. Adams	101
Lavoie, R. v.	525	R. v. Biscette	599
Leonati, Athey v.	458	R. v. Bramwell	1126
		R. v. Côté	139
		R. v. Dawson	783
		R. v. Doiron	525
		R. v. G. (R.M.)	362
		R. v. Hawkins	1043
		R. v. Hinchey	1128
		R. v. Howell	604
		R. v. I. (R.R.)	1124
		R. v. Jacques	312
		R. v. Keshane	413
		R. v. Knox	199
		R. v. Lavery	412
		R. v. Lavoie	525
		R. v. Morin	1043
		R. v. Nikolovski	1197
		R. v. Parisé	408
		R. v. Paternak	607
		R. v. Pelletier	601
		R. v. Pittman	410
		R. v. Richard	525
		R. v. Rockey	829
		R. v. Sherry	602
		Richard, R. v.	525
		Rockey, R. v.	829
M			
Manulife Bank of Canada v. Conlin	415		
Michaud v. Quebec (Attorney General)	3		
Morin, R. v.	1043		
N			
New Brunswick (Attorney General), Canadian Broadcasting Corp. v.	480		
Nikolovski, R. v.	1197		
O			
Ontario, Adler v.	609		
P		S	
Parisé, R. v.	408	Sherbrooke (City), Centre communautaire juridique de l'Estrie v.	84
Paternak, R. v.	607	Sherry, R. v.	602
Pelletier, R. v.	601		
Pittman, R. v.	410		

	PAGE		PAGE
Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, Quebec (Public Curator) v. ...	211	NUMBERS	
		2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)	919
T			
Toronto-Dominion Bank, Verdun v.	550		
V			
Vancouver Stock Exchange, Katz v.	405		
Verdun v. Toronto-Dominion Bank.....	550		

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
A			
Adams, R. c.	101	Conlin, Banque Manuvie du Canada c.	415
Adler c. Ontario.....	609	Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	854
Athey c. Leonati	458	Côté, R. c.	139
Augustus c. Communauté urbaine de Montréal...	268	D	
Augustus c. Gosset.....	268	Dawson, R. c.	783
B			
Banque Canadienne Impériale de Commerce, Boma Manufacturing Ltd. c.	727	Doiron R. c.	525
Banque Manuvie du Canada c. Conlin	415	E	
Banque Toronto-Dominion, Verdun c.	550	Everett Lord Building Construction Ltd., Hospita- lity Investments Ltd. c.	605
Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs.....	566	G	
Bell c. Commission canadienne des droits de la personne.....	854	G. (R.M.), R. c.	362
Biscette, R. c.	599	Gibbs, Battlefords and District Co-operative Ltd. c.	566
Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce.....	727	Gosset, Augustus c.	268
Bramwell, R. c.	1126	Guimond c. Québec (Procureur général).....	347
C			
Canada (Commission des droits de la personne), Cooper c.	854	H	
Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville).....	84	Hawkins, R. c.	1043
Commission canadienne des droits de la personne, Bell c.	854	Hinchey, R. c.	1128
Communauté urbaine de Montréal, Augustus c.	268	Hospitality Investments Ltd. c. Everett Lord Bul- ding Construction Ltd.	605
		Howell, R. c.	604

	PAGE		PAGE
I		Paternak, R. c.	607
I. (R.R.), R. c.	1124	Pelletier, R. c.	601
		Pittman, R. c.	410
J		Q	
Jacques, R. c.	312	Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	211
K		Québec (Procureur général) c. 2747-3174 Québec Inc.	919
Katz c. Vancouver Stock Exchange.....	405	Québec (Procureur général), Guimond c.	347
Keshane, R. c.	413	Québec (Procureur général), Michaud c.	3
Knox, R. c.	199	Québec (Régie des permis d'alcool), 2747-3174 Québec Inc. c.	919
L		R	
Lavery, R. c.	412	R. c. Adams	101
Lavoie, R. c.	525	R. c. Biscette	599
Leonati, Athey c.	458	R. c. Bramwell	1126
M		R. c. Côté.....	139
Michaud c. Québec (Procureur général)	3	R. c. Dawson	783
Morin, R. c.	1043	R. c. Doiron.....	525
N		R. c. G. (R.M.).....	362
Nikolovski, R. c.	1197	R. c. Hawkins	1043
Nouveau-Brunswick (Procureur général), Société Radio-Canada c.	480	R. c. Hinchey.....	1128
O		R. c. Howell	604
Ontario, Adler c.	609	R. c. I. (R.R.).....	1124
P		R. c. Jacques.....	312
Parisé, R. c.	408	R. c. Keshane	413
		R. c. Knox	199
		R. c. Lavery.....	412
		R. c. Lavoie	525
		R. c. Morin	1043
		R. c. Nikolovski	1197
		R. c. Parisé	408
		R. c. Paternak	607
		R. c. Pelletier	601
		R. c. Pittman.....	410
		R. c. Richard.....	525
		R. c. Rockey	829
		R. c. Sherry.....	602
		Richard, R. c.	525
		Rockey, R. c.	829

	PAGE		PAGE
S		Verdun c. Banque Toronto-Dominion	550
Sherbrooke (Ville), Centre communautaire juridique de l'Estrie c.....	84	NUMÉROS	
Sherry, R. c.....	602	2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	919
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	480		
Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, Québec (Curateur public) c.	211		
V			
Vancouver Stock Exchange, Katz c.....	405		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
Adgey v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 426.....	540
Alberta Opportunity Co. v. Schinnour.....	[1991] 2 W.W.R. 624.....	427
Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 963.....	1012
Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec.....	[1953] 2 S.C.R. 140.....	949, 986
Alphacell Ltd. v. Woodward.....	[1972] 2 All E.R. 475.....	467
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.....	[1978] 2 S.C.R. 229.....	237, 289
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	579, 653, 703
Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico	723 F.2d 1022 (1983).....	31
Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications.....	495 F.Supp. 282 (1980).....	37
Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications	413 F.Supp. 1321 (1976).....	31
Applications of Kansas City Star	666 F.2d 1168 (1981).....	37
Ares v. Venner.....	[1970] S.C.R. 608.....	1071
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287.....	237, 294
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)	[1990] 3 R.C.S. 1170.....	949
Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) v. Alvetta-Comeau	[1990] R.J.Q. 130	252
Attorney-General v. Prince Ernest Augustus of Hanover.....	[1957] A.C. 436.....	1022
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 735.....	986
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre	[1982] 1 S.C.R. 175.....	495
Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board.....	[1984] 2 S.C.R. 575.....	645, 684
Augustus v. Gosset.....	[1995] R.J.Q. 335	259, 797
Azoulay v. The Queen	[1952] 2 S.C.R. 495.....	371
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315.....	298, 700
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....	1182

NAME OF CASE INITIULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214.....	502
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	502
Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien	[1980] 1 C.F. 518	137, 178
Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Develop- ment	[1980] 1 F.C. 518	136, 178
Bal v. Ontario (Attorney General)	(1994), 21 O.R. (3d) 681.....	707
Ballard v. State	311 S.E.2d 453 (1984)	1106
Bank of England v. Vagliano Brothers	[1891] A.C. 107	758, 771
Bank of Montreal v. Wilder	[1986] 2 S.C.R. 551.....	422, 450
Banque de Montréal c. Wilder.....	[1986] 2 R.C.S. 551.....	422, 450
Banque Manuvie du Canada c. Conlin	[1996] 3 R.C.S. 415.....	1138
Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.	[1977] 2 R.C.S. 45.....	753
Bauer c. Banque de Montréal	[1980] 2 R.C.S. 102.....	423, 450
Bauer v. Bank of Montreal.....	[1980] 2 S.C.R. 102.....	423, 450
Beaudoin-Daigneault v. Richard.....	[1984] 1 S.C.R. 2.....	234
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56.....	872, 961
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 S.C.R. 345.....	244, 300
Bentley v. Cooke.....	(1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729 ..	1068
Berdah v. Nolisair International Inc.	[1991] R.D.J. 417	354
Bhadoria v. Seneca College of Applied Arts and Technology	(1979), 27 O.R. (2d) 142.....	978
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada...	[1985] 2 R.C.S. 561.....	658, 715
Bhinder v. Canadian National Railway Co.....	[1985] 2 S.C.R. 561.....	658, 715
Bisaillon v. Keable	[1980] C.A. 316	968
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60.....	44
Black v. The Queen	(1993), 179 C.L.R. 44	381
Blanchet v. Corneau.....	[1985] C.S. 299.....	254
BMW of North America, Inc. v. Gore	64 U.S.L.W. 4335 (1996).....	262
Bodnar v. Real Estate Council of British Columbia	(1994), 121 D.L.R. (4th) 27	1008
Bolduc v. Lessard.....	[1989] R.R.A. 350	247
Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw	[1956] 1 All E.R. 615.....	466
Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.....	[1995] 3 S.C.R. 3.....	293
Bouliane v. Commission scolaire de Charlesbourg	[1984] C.S. 323.....	246
British Railways Board v. Pickin	[1974] A.C. 765	992
Brooks v. Canada Safeway Ltd	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	573, 596
Brophy v. Attorney-General of Manitoba.....	[1895] A.C. 202	647, 690
Brousseau v. Alberta Securities Commission	[1989] 1 S.C.R. 301.....	953
Brousseau v. The Queen.....	[1969] S.C.R. 181	540
Buono.....	(1992), 95 Cr. App. R. 338.....	395
C		
Cadoret v. Cité de Montréal	(1888), 16 R.L. 397, note 1	287
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313.....	113, 136, 160
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313.....	113, 136, 160
Caledonian Railway Co. v. North British Railway Co.....	(1881), 6 App. Cas. 114.....	781

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Campbell v. Hall	(1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045	170
Canada (Attorney General) v. Druken	[1989] 2 F.C. 24	896, 913
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554.....	877, 890, 1003
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941.....	92
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	897
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	896
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941.....	92
Canada (Procureur général) c. Druken.....	[1989] 2 C.F. 24	913
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	877, 890, 1003
Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights Commission	(1990), 69 D.L.R. (4th) 321	980
Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard.....	[1991] 3 S.C.R. 421.....	497
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1991] 3 S.C.R. 459	497
Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)	(1990), 71 O.R. (2d) 341.....	693
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Patel	(1990), 72 O.R. (2d) 109.....	431
Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. Engelhard Industries of Canada Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 787.....	777
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 122.....	498
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 122.....	498
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.	[1993] 3 S.C.R. 724.....	1003
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band.....	[1995] 1 S.C.R. 5.....	406, 962
Canadian Pacific Railway Co. v. Lachance	(1909), 42 S.C.R. 205.....	287
Canadian Pacific Railway Co. v. Robinson.....	(1887), 14 S.C.R. 105.....	287
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227.....	91
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui.....	[1995] 1 R.C.S. 3.....	406, 962
Canuel v. Sauvageau	[1991] R.R.A. 18	246
Carey v. Ontario	[1986] 2 S.C.R. 637.....	49
Caufield v. The King	(1926), 48 C.C.C. 109	1076
Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1979] 1 R.C.S. 42.....	357
Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan.....	[1979] 1 S.C.R. 42.....	357
Chamberlain's Case.....	(1611), Lane 117, 145 E.R. 346	1023
Chaput v. Romain	[1955] S.C.R. 834	244, 285
Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.	[1983] 1 S.C.R. 513.....	428, 451
City of Victoria v. Bishop of Vancouver Island.....	[1921] 2 A.C. 384.....	1023
Clarkson v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 383.....	541
Clutton v. George Attenborough & Son	[1897] A.C. 90.....	779
Coffin v. Bolduc.....	[1988] R.J.Q. 1307	962, 1017
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	371
Comité d'environnement de la Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée.....	[1990] R.J.Q. 655	356
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec.....	[1981] 1 R.C.S. 424.....	355

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Québec Urban Community Transit Commission	[1981] 1 S.C.R. 424.....	355
Commission des droits de la personne v. Coutu	[1995] R.J.Q. 1628	256
Commission des droits de la personne du Québec v. Lemay.....	[1995] R.J.Q. 1967	252
Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Communauté urbaine de)	[1987] R.J.Q. 2024	231
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	659, 705
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	578
Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin	[1994] 2 S.C.R. 525.....	702
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie	[1978] 1 R.C.S. 369.....	951
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369.....	951
Concorde (La), Cie d'assurances générales v. Doyon.....	[1989] R.R.A. 52	231
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888.....	450
Co-operative Trust Co. of Canada v. Kirkby.....	[1986] 6 W.W.R. 90.....	436
Cornish v. Accident Insurance Co.	(1889), 23 Q.B.D. 453.....	451
Cortese v. Sept-Îles Hélicoptères Services Ltée.....	[1983] R.L. 46	247
Crevier c. Procureur général du Québec.....	[1981] 2 R.C.S. 220.....	872
Crevier v. Attorney General of Quebec.....	[1981] 2 S.C.R. 220.....	872
Crown Trust Co. v. The Queen in right of Ontario	(1986), 26 D.L.R. (4th) 41	360
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5.....	867, 884, 904
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	867, 884, 904
Cuff v. Frazee Storage & Cartage Co.....	(1907), 14 O.L.R. 263	1076
Cutler v. Québec (Commission des droits de la personne).....	(1986), 7 C.H.R.R. D/3610	1024
D		
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835.....	503
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	503
Danson c. Ontario (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1086.....	492
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086.....	492
Davey	(1960), 45 Cr. App. R. 11.....	377
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) ...	[1993] 1 R.C.S. 1053.....	323
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 1 S.C.R. 1053.....	323
Dersch c. Canada (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1505.....	13, 62, 82
Dersch v. Canada (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1505.....	13, 62, 82
Després v. Association des arpenteurs-géomètres du Nouveau- Brunswick.....	(1992), 130 N.B.R. (2d) 210.....	958
Desrosiers v. Groupe Québecor Inc.	[1994] R.R.A. 111	254
Desrosiers v. The King	(1920), 60 S.C.R. 105.....	288
Dickason c. Université de l'Alberta	[1992] 2 R.C.S. 1103.....	974
Dickason v. University of Alberta	[1992] 2 S.C.R. 1103.....	974
Dorval v. Bouvier.....	[1968] S.C.R. 288.....	234
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	867, 884, 903

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Driver v. Coca-Cola Ltd.	[1961] S.C.R. 201	244, 287
Drolet v. Parenteau.....	[1991] R.J.Q. 2956	247
Dubois v. Société St-Jean-Baptiste de Montréal	[1983] C.A. 247	254
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350.....	1038
Dugal v. Procureur général du Québec.....	[1979] C.S. 617.....	246

E

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	45, 494
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	45, 494
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513.....	654, 704, 714
Energy Probe v. Atomic Energy Control Board.....	[1985] 1 F.C. 563	987
Enquête Énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique	[1985] 1 C.F. 563	987
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 R.C.S. 888.....	450

F

First City Capital Ltd. v. Hall	(1993), 11 O.R. (3d) 792.....	423
Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse	[1982] 2 R.C.S. 488.....	753, 771
Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia	[1982] 2 S.C.R. 488.....	753, 771
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	978
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455.....	871
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. City of Montreal	[1980] 1 S.C.R. 740.....	235
Friesen v. Canada.....	[1995] 3 S.C.R. 103.....	560

G

G.E. Hamel Ltée v. Cournoyer.....	[1989] R.J.Q. 2767	962
Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord v. Masicotte.....	[1988] R.R.A. 16	231
Gelmini v. Procureur général du Québec	[1982] C.A. 560	356
Giguère v. Grégoire.....	[1973] C.S. 119.....	243
Gingras v. Robin.....	J.E. 84-765	247
Gordon v. Goertz.....	[1996] 2 S.C.R. 27.....	797
Gosselin v. The King.....	(1903), 33 S.C.R. 255.....	1070
Gough Electric Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1986), 34 B.L.R. 17	761
Gould v. Yukon Order of Pioneers.....	[1996] 1 S.C.R. 571.....	895
Graham v. Rourke	(1990), 74 D.L.R. (4th) 1	471
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 377.....	640, 684
Gravel v. City of St-Léonard.....	[1978] 1 S.C.R. 660.....	1028
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 377.....	640, 684
Greenpeace Foundation of Canada v. Inco Ltd.	(1984), 25 A.C.W.S. (2d) 149.....	563

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Grey v. Pearson	(1857), 6 H.L.C. 60	781
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335.....	165
Guimond v. Guimond Estate	(1995), 160 N.B.R. (2d) 278.....	293

H

H. K. (An Infant), In re	[1967] 2 Q.B. 617.....	986
Harley v. Bank of Toronto.....	[1938] 2 D.L.R. 135	771
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général).....	[1996] 2 R.C.S. 876.....	878
Harvey v. New Brunswick (Attorney General).....	[1996] 2 S.C.R. 876.....	878
Hertel and The Queen, Re	(1986), 37 D.L.R. (4th) 706.....	530
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130.....	255, 293
Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	[1995] 2 S.C.R. 1130.....	255, 293
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	877, 1001
Hills v. Canada (Attorney General)	[1988] 1 S.C.R. 513.....	877, 1001
Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal	[1928] A.C. 200	683
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377.....	234
Hoefele v. The Queen	94 D.T.C. 1878	1162
Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings.....	[1936] S.C.R. 165.....	426
Holme v. Brunskill.....	(1878), 3 Q.B.D. 495.....	421, 446
Horsley v. MacLaren.....	[1972] S.C.R. 441	466
Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner	[1979] A.C. 474	1070
Hospicè Desrosiers v. The King.....	(1920), 60 S.C.R. 105.....	288
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	41, 343

I

In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications.....	708 F.2d 27 (1983).....	31
Inland Revenue Commissioners v. Williams	[1969] 1 W.L.R. 1197	441
Institut Philippe Pinel de Montréal v. Dion.....	[1983] C.S. 438.....	252
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink.....	[1982] 2 S.C.R. 145.....	577, 912
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	501, 666, 721
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	501, 666, 721
Isequilla.....	(1974), 60 Cr. App. R. 52.....	377
Ivey v. United States.....	344 F.2d 770 (1965).....	1104, 1119
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 282.....	952

J

Jacob et Bar Le Morency Inc. v. Régie des permis d'alcool du Québec	(1988), 16 Q.A.C. 308.....	948
Janiak v. Ippolito.....	[1985] 1 S.C.R. 146.....	470
Janzen v. Platy Enterprises Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1252.....	583
Jervis B. Webb Co. v. Bank of Nova Scotia.....	(1965), 49 D.L.R. (2d) 692	749

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Jim Russell International Racing Drivers School (Canada) Ltd. v. Hite.....	[1986] R.J.Q. 1610	243
Jobin v. Ambulance Ste-Catherine J.-C. Inc.....	[1992] R.J.Q. 56	252
Jobling v. Associated Dairies Ltd.	[1981] 2 All E.R. 752.....	472
Judges of the Provincial Court (Man.) v. Manitoba.....	(1995), 102 Man. R. (2d) 51.....	1008

K

Keltic Leasing Corp. v. Curtis.....	(1993), 133 N.B.R. (2d) 73	449
Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario	(1992), 76 C.C.C. (3d) 10	840, 958
Knox Contracting Ltd. v. Canada	[1990] 2 S.C.R. 338.....	1146
Kruger v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 104.....	191

L

Lamb v. Kincaid.....	(1907), 38 S.C.R. 516.....	479
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 S.C.R. 351.....	234, 289
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	234
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)	[1989] 1 S.C.R. 705.....	234
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (Ville)	(1986), 3 Q.A.C. 163.....	970
Lensen v. Lensen.....	[1987] 2 S.C.R. 672.....	234
Lian v. Money	(1994), 93 B.C.L.R. (2d) 16	293
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes.....	[1993] 3 R.C.S. 724.....	1003
Lincoln College's Case	(1595), 3 Co. Rep. 58b, 76 E.R.....	1023, 764
Lindal v. Lindal.....	[1981] 2 S.C.R. 629.....	237, 293
Lisenko v. Société zoologique de Granby Inc.....	T.D.P.Q., No. 460-53-000001-938, March 8, 1994	1024
Liyanage v. The Queen.....	[1967] 1 A.C. 259	530
Lloyd v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 645.....	1108
Lochiatto, In re.....	497 F.2d 803 (1974).....	31
London Life Insurance Co. v. Molsons Bank.....	(1904), 8 O.L.R. 238	771
Longpré v. Thériault	[1979] C.A. 258.....	231
Lord Audley's Case	(1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140	1068
Lorenz, Re	(1905), 9 C.C.C. 158	796
Lutwak v. United States.....	344 U.S. 604 (1953).....	1074
Lyons v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 631.....	24

M

Mabo v. Queensland [No. 2]	(1992), 175 C.L.R. 1	175
Macartney v. Islic.....	(1996), 34 C.C.L.I. (2d) 119	293
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796	981
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	[1995] 4 S.C.R. 725.....	872
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342.....	641, 686
Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.	(1990), 169 C.L.R. 638	470

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Mallett v. McMonagle.....	[1970] A.C. 166.....	470
Manulife Bank of Canada v. Conlin.....	[1996] 3 S.C.R. 415.....	1138
Marchand v. Champagne.....	J.E. 92-429.....	247
Marfani & Co. v. Midland Bank, Ltd.....	[1968] 2 All E.R. 573.....	746
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui.....	[1980] 1 R.C.S. 602.....	940, 986
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board.....	[1980] 1 S.C.R. 602.....	940, 986
Maska Auto Spring Ltée v. Ste-Rosalie (Village).....	[1991] 2 S.C.R. 3.....	972
McGhee v. National Coal Board.....	[1972] 3 All E.R. 1008.....	466
McGrady, Askew & Fiorillo v. Canada.....	[1995] 7 W.W.R. 305.....	41
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	666, 881, 915
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	666, 881, 915
Meltzer and The Queen, Re.....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 266.....	19
Metropolitan Life Insurance Co. v. Quebec Bank.....	(1916), 50 C.S. 214.....	772
Miller v. Grand Trunk Railway Co. of Canada.....	[1906] A.C. 187.....	287
Miller and Thomas and The Queen, Re.....	(1975), 23 C.C.C. (2d) 257.....	32
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	540, 904
Minister of National Revenue v. Coopers & Lybrand.....	[1979] 1 S.C.R. 495.....	941, 1020
Ministre du Revenu national c. Coopers & Lybrand.....	[1979] 1 R.C.S. 495.....	941, 1020
Miron v. Trudel.....	[1995] 2 S.C.R. 418.....	659, 703, 714
Montreal Tramways Co. v. Léveillé.....	[1933] S.C.R. 456.....	231
Montreal Tramways Co. v. Lindner.....	[1939] S.C.R. 405.....	287
Morozuk v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 31.....	195
Morris v. Crown Office.....	[1970] 1 All E.R. 1079.....	503
Myers v. Peel County Board of Education.....	[1981] 2 S.C.R. 21.....	466

N

Nagar v. Ville de Montréal.....	[1988] R.J.Q. 2219.....	356
Nantais v. Bolduc.....	[1988] R.J.Q. 2465.....	962
National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)	[1989] 3 F.C. 684.....	986
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	93
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	93
National Trust Co. v. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.	[1941] S.C.R. 601.....	661
Nealy v. Johnston.....	(1989), 10 C.H.R.R. D/6450.....	896
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative).....	[1993] 1 R.C.S. 319.....	879
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly).....	[1993] 1 S.C.R. 319.....	879
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities).....	[1992] 1 S.C.R. 623.....	949
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police.....	[1979] 1 S.C.R. 311.....	940, 986
Nightingale v. Mazerall and Elliott.....	(1991), 121 N.B.R. (2d) 319.....	295
Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Banque Canadienne Nationale.....	[1934] S.C.R. 596.....	749

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Number 10 Management Ltd. v. Royal Bank of Canada	(1976), 69 D.L.R. (3d) 99	740

O

Ohio v. Roberts	448 U.S. 56 (1980)	1085
Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)	[1990] 3 S.C.R. 1170.....	949
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée.....	[1995] 2 R.C.S. 1031.....	1006, 1152
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.....	[1995] 2 S.C.R. 1031.....	1006, 1152
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation.....	[1991] 2 S.C.R. 570.....	234
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	659, 705
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	578
Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation	[1991] 2 R.C.S. 570.....	234
Ontario Woodsworth Memorial Foundation v. Grozbord	[1969] S.C.R. 622.....	749
Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)	[1989] 3 C.F. 684	986
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	509
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	509

P

Pantel v. Air Canada.....	[1975] 1 S.C.R. 472.....	288
Papadatos v. Sutherland	[1987] R.J.Q. 1020	265
Pedley v. Wellesley	(1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545	1068
Penn and Mead's Case.....	(1670), 6 How. St. Tr. 951.....	376
Penner v. Mitchell.....	(1978), 89 D.L.R. (3d) 343	472
Peralta and The Queen in right of Ontario.....	(1985), 49 O.R. (2d) 705.....	1029
Perron v. Société des établissements de plein air du Québec	J.E. 90-721	247
Pérusse v. Commissaires d'écoles de St-Léonard de Port-Maurice	[1970] C.A. 324	355
Petition of Leppo.....	497 F.2d 954 (1974).....	37
Pezzelato v. The Queen	96 D.T.C. 1285	1159
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre	[1982] 1 R.C.S. 175.....	495
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735.....	986
Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board.....	[1984] 2 R.C.S. 575.....	645, 684
Proulx v. Viens.....	[1994] R.J.Q. 1130	252
Provost v. Jackson.....	(1869), 13 L.C.J. 170	287
Public Service Alliance of Canada v. Qu'Appelle Indian Residential Council	(1986), 7 C.H.R.R. D/3600	896

Q

Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours	[1994] 3 S.C.R. 3.....	560, 1012
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211.....	276

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R		
R. v. Accused	[1988] 2 N.Z.L.R. 46.....	378, 396
R. v. Adams.....	[1996] 3 S.C.R. 101.....	150
R. v. Alkerton.....	(1992), 72 C.C.C. (3d) 184.....	379, 397
R. v. Anagnostis.....	[1970] 1 O.R. 595.....	799
R. v. Andrew.....	(1986), 26 C.C.C. (3d) 111.....	1109
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	10551096, 1120, 1208
R. v. Badger.....	[1996] 1 S.C.R. 771.....	164
R. v. Bartlett.....	(1837), 7 C. & P. 832, 173 E.R. 362.....	1110
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	507
R. v. Beeston.....	(1854), Dears. 405, 169 E.R. 782.....	1079
R. v. Bernard.....	[1988] 2 S.C.R. 833.....	1095
R. v. Bernshaw.....	[1995] 1 S.C.R. 254.....	324
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	659, 712
R. v. Bissell.....	(1882), 1 O.R. 514.....	1068
R. v. Brint.....	(1979), 45 C.C.C. (2d) 560.....	511
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	1082
R. v. Brydon.....	[1995] 4 S.C.R. 253.....	372, 393
R. v. Burlingham.....	[1995] 2 S.C.R. 206.....	344, 1102
R. v. Carson.....	(1983), 147 D.L.R. (3d) 754.....	530
R. v. Chaplin.....	[1995] 1 S.C.R. 727.....	44
R. v. Chartrand.....	[1994] 2 S.C.R. 864.....	796
R. v. Chase.....	[1987] 2 S.C.R. 293.....	1170
R. v. Chaulk.....	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	721
R. v. Clarke.....	(1993), 82 C.C.C. (3d) 377.....	1088
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	76, 328, 343
R. v. Cook.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 471.....	799
R. v. Cooper.....	[1978] 1 S.C.R. 860.....	1138, 1180
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	1095
R. v. Côté.....	[1996] 3 S.C.R. 139.....	107
R. v. Cowan.....	(1910), 17 O.W.R. 553.....	798
R. v. Creighton.....	[1993] 3 S.C.R. 3.....	1006
R. v. Czipps.....	(1979), 48 C.C.C. (2d) 166.....	1113
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	1006, 1170
R. v. Dick.....	[1985] 2 S.C.R. 309.....	191
R. v. Dodson.....	[1984] 1 W.L.R. 971.....	1211
R. v. Downey.....	[1995] 1 Cr. App. R. 547.....	1212
R. v. Duarte.....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	23, 63
R. v. Dubas.....	[1992] B.C.J. No. 2935 (QL).....	1163
R. v. Duguay.....	[1989] 1 S.C.R. 93.....	344
R. v. Durette.....	[1994] 1 S.C.R. 469.....	26
R. v. Dymont.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	205
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	608, 659, 712
R. v. Egger.....	[1993] 2 S.C.R. 451.....	44
R. v. Enkirch.....	(1982), 1 C.C.C. (3d) 165.....	799

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Farley.....	(1995), 99 C.C.C. (3d) 76.....	844
R. v. Finlay.....	[1993] 3 S.C.R. 103.....	1183
R. v. Finta.....	[1994] 1 S.C.R. 701.....	1088
R. v. Fisher.....	(1994), 88 C.C.C. (3d) 103.....	1154
R. v. Fitzpatrick.....	[1995] 4 S.C.R. 154.....	543
R. v. Flesh (No. 2).....	(1993), 23 B.C.A.C. 194.....	385
R. v. Garofoli.....	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	26, 65, 82
R. v. Giguère.....	[1983] 2 S.C.R. 448.....	1180
R. v. Gill.....	(1980), 18 C.R. (3d) 390.....	32
R. v. Gladstone.....	[1996] 2 S.C.R. 723.....	108, 135, 150
R. v. Gosset.....	[1993] 3 S.C.R. 76.....	277, 1183
R. v. Grant.....	[1993] 3 S.C.R. 223.....	47
R. v. Greckol.....	(1991), 64 C.C.C. (3d) 430.....	530
R. v. Green.....	[1992] 1 S.C.R. 614.....	203
R. v. Greenwood.....	(1991), 8 C.R. (4th) 235.....	1135, 1180
R. v. Guiller.....	Unreported/Inédit, Ont. Dist. Ct., September 23, 1985.....	1150
R. v. Hall (P.B.).....	[1973] 1 K.B. 496.....	1079
R. v. Halliday.....	(1992), 77 C.C.C. (3d) 481.....	393
R. v. Hammerbeck.....	(1991), 2 B.C.A.C. 123.....	799
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	1089
R. v. Haslam.....	(1976), 3 C.R. (3d) 248.....	32
R. v. Hau.....	[1994] B.C.J. No. 677 (QL).....	1149
R. v. Hawkins.....	(1991), 52 O.A.C. 114.....	1061
R. v. Hess (No. 2).....	[1949] 4 D.L.R. 199.....	530
R. v. Hufsky.....	[1988] 1 S.C.R. 621.....	324, 335
R. v. Hundal.....	[1993] 1 S.C.R. 867.....	1183
R. v. Isaac.....	(1979), 48 C.C.C. (2d) 481.....	377, 395
R. v. Jackson.....	Unreported/Inédit, C.A., Crim. Div. (Eng.), March 9, 1988.....	395
R. v. Jean.....	[1980] 1 S.C.R. 400.....	1108
R. v. Johnston.....	[1995] O.J. No. 3118(QL).....	1149
R. v. Jones.....	[1986] 2 S.C.R. 284.....	669, 699
R. v. Jorgensen.....	[1995] 4 S.C.R. 55.....	1186
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	501
R. v. Khan.....	[1990] 2 S.C.R. 531.....	836, 1055, 1096, 1116
R. v. Kobussen.....	(1995), 130 Sask. R. 147.....	1098, 1121
R. v. Kumar.....	(1987), 35 C.C.C. (3d) 477.....	19
R. v. L. (D.O.).....	[1993] 4 S.C.R. 419.....	505, 1208
R. v. Laba.....	[1994] 3 S.C.R. 965.....	45
R. v. Lachance.....	[1990] 2 S.C.R. 1490.....	76
R. v. Ladouceur.....	[1990] 1 S.C.R. 1257.....	324, 335
R. v. Lafrenière.....	[1994] O.J. No. 437 (QL).....	1148
R. v. Larkin.....	(1942), 29 Cr. App. R. 18.....	1006
R. v. Leaney.....	[1989] 2 S.C.R. 393.....	1208, 1223
R. v. Lee.....	(1864) 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468.....	1079

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Lee	[1989] 2 S.C.R. 1384	537
R. v. Lefebvre	(1984), 17 C.C.C. (3d) 277	514
R. v. Lefebvre	[1984] C.A. 370	514
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475	1102
R. v. Lewis	[1996] 1 S.C.R. 921	1007
R. v. Lippé	[1991] 2 S.C.R. 114	934, 981
R. v. Littlejohn	(1978), 41 C.C.C. (2d) 161	377, 393
R. v. Logiacco	(1984), 11 C.C.C. (3d) 374	1194
R. v. Lohnes	[1992] 1 S.C.R. 167	1170
R. v. Lonsdale	(1973), 15 C.C.C. (2d) 201	1068
R. v. Marin	[1994] O.J. No. 1280 (QL)	326
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223	844
R. v. Martineau	[1990] 2 S.C.R. 633	1166
R. v. McArthur	(1984), 13 C.C.C. (3d) 152	514
R. v. McGinty	(1986), 27 C.C.C. (3d) 36	1071
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	1006
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	46
R. v. McKinnon	(1989), 70 C.R. (3d) 10	1108
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615	344
R. v. Miller	(1982), 36 O.R. (2d) 387	799
R. v. Montour and Longboat	(1992), 129 N.B.R. (2d) 361	327, 338
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	255, 303
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	317, 541
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	541
R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 672	108, 135, 150
R. v. Nielsen and Stolar	(1984), 16 C.C.C. (3d) 39	377, 399
R. v. Nikal	[1996] 1 S.C.R. 1013	186
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	508, 877, 1154
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	44
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	502, 665, 718
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	504
R. v. P. (M.B.)	[1994] 1 S.C.R. 555	195
R. v. Palmer	[1970] 3 C.C.C. 402	377, 399
R. v. Pamajewon	[1996] 2 S.C.R. 821	135
R. v. Parmar	(1987), 34 C.C.C. (3d) 260	74
R. v. Petropoulos	(1990), 59 C.C.C. (3d) 393	802, 817
R. v. Pinsky	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114	466
R. v. Pleich	(1980), 55 C.C.C. (2d) 13	1207
R. v. Pohoretsky	[1987] 1 S.C.R. 945	205
R. v. Pontes	[1995] 3 S.C.R. 44	45
R. v. Potvin	[1989] 1 S.C.R. 525	1075, 1095
R. v. Pouliot	[1993] 1 S.C.R. 456	1195
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	320, 329, 871
R. v. Quercia	(1990), 60 C.C.C. (3d) 380	1222
R. v. Quesnel and Quesnel	(1979), 51 C.C.C. (2d) 270	517
R. v. R. (R.)	(1994), 91 C.C.C. (3d) 193	381, 398

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Rahey.....	[1987] 1 S.C.R. 588.....	541
R. v. Robinson.....	[1996] 1 S.C.R. 683.....	393
R. v. Rockey.....	[1996] 3 S.C.R. 829.....	1083, 1101, 1116
R. v. Rouleau.....	(1984), 14 C.C.C. (3d) 14.....	1191
R. v. Rowbotham.....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1.....	1207
R. v. Ruddock.....	(1978), 39 C.C.C. (2d) 65.....	1167
R. v. S. (P.L.).....	[1991] 1 S.C.R. 909.....	1221
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	1070
R. v. Salituro.....	[1991] 3 S.C.R. 654.....	1062, 1101, 1115
R. v. Sault Ste. Marie (City).....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	1182
R. v. Scaife.....	(1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505.....	1079
R. v. Scott.....	[1990] 3 S.C.R. 979.....	44
R. v. Seaboyer.....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	45, 1089
R. v. Simmons.....	[1988] 2 S.C.R. 495.....	323, 341
R. v. Simpson.....	(1993), 12 O.R. (3d) 182.....	325, 338
R. v. Sims.....	[1992] 2 S.C.R. 858.....	375, 399
R. v. Sinasac.....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 81.....	1180
R. v. Sioui.....	[1990] 1 S.C.R. 1025.....	154
R. v. Smith.....	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	1150
R. v. Smith.....	[1992] 2 S.C.R. 915.....	1055, 1096
R. v. Smithies.....	(1832), 5 C. & P. 332, 172 E.R. 999.....	1110
R. v. Snelgrove.....	(1906), 12 C.C.C. 189.....	1076
R. v. Sparrow.....	[1990] 1 S.C.R. 1075.....	115, 138, 154
R. v. Spatola.....	[1970] 4 C.C.C. 241.....	1227
R. v. St-Pierre.....	[1995] 1 S.C.R. 791.....	1004
R. v. Stinchcombe.....	[1991] 3 S.C.R. 326.....	44, 81
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	21, 132, 530, 586
R. v. Tanguay.....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 77.....	1167
R. v. Tarrant.....	(1981), 63 C.C.C. (2d) 385.....	1195
R. v. Tennant.....	[1989] 2 N.Z.L.R. 271.....	395
R. v. Théroux.....	[1993] 2 S.C.R. 5.....	1183
R. v. Thompson.....	[1982] 1 All E.R. 907.....	1077
R. v. Thompson.....	[1990] 2 S.C.R. 1111.....	24, 76
R. v. Tran.....	[1994] 2 S.C.R. 951.....	541
R. v. Tremblay.....	[1993] 2 S.C.R. 932.....	195
R. v. Turpin.....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	703
R. v. U. (F.J.).....	[1995] 3 S.C.R. 764.....	1080
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	1182
R. v. Van der Peet.....	[1996] 2 S.C.R. 507.....	108, 135, 150
R. v. Van Herk.....	(1984), 40 C.R. (3d) 264.....	817
R. v. Vandavelde.....	(1994), 89 C.C.C. (3d) 161.....	517
R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6).....	(1977), 32 C.C.C. (2d) 363.....	32
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	45, 544, 1183
R. v. Wiggins.....	[1990] 1 S.C.R. 62.....	40
R. v. Wigglesworth.....	[1987] 2 S.C.R. 541.....	538
R. v. Wills.....	(1992), 7 O.R. (3d) 337.....	206

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Wilson.....	[1990] 1 S.C.R. 1291.....	327
R. v. Zelensky	[1978] 2 S.C.R. 940.....	1146
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	1145
Ravary v. Grand Trunk Railway Co. of Canada.....	(1860), 6 L.C.J. 49	287
Reference re Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398.....	640, 690
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	1182
Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	633, 680, 714
Reference re Education Act (Que.).....	[1993] 2 S.C.R. 511.....	640, 696
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	359
Reference re Public Schools Act (Man.)	[1993] 1 S.C.R. 839.....	641
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	721
Regina and Kozak, Re	(1976), 32 C.C.C. (2d) 235	32
Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714.....	871
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	1182
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	721
Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)	[1993] 2 R.C.S. 511.....	640, 696
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.).....	[1993] 1 R.C.S. 839.....	641
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	633, 680, 714
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721.....	359
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753.....	878
Residential Tenancies Act, 1979, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	871
Resolution to Amend the Constitution, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	878
River Wear Commissioners v. Adamson	(1877), 2 App. Cas. 743	439
RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199.....	506, 1146, 666
RJR-MacDonald v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	506, 1146, 666
Roberts v. Canada	[1989] 1 S.C.R. 322.....	173
Robinson v. Canadian Pacific Railway Co.....	[1892] A.C. 481	287
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519.....	303
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519.....	303
Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King...	[1928] A.C. 363	646
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	661
Rosen, Re.....	[1987] 3 F.C. 238	902
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825.....	501, 666
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825.....	501, 666
Rotenberg and Borough of York (No. 2), Re	(1976), 13 O.R. (2d) 101.....	448
Roy v. Patenaude.....	[1994] R.J.Q. 2503	264
Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps.....	(1961) Ltd.	
Royal Bank of Canada v. Wild	(1974), 51 D.L.R. (3d) 188	764
Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3), Re.....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 212	32
Royal Trust Corp. of Canada v. Reid	(1985), 40 R.P.R. 287.....	436
Royal Victoria Hospital v. Morrow.....	[1974] S.C.R. 501	236
Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.	(1992), 89 D.L.R. (4th) 405.....	1008
Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.	[1982] 1 S.C.R. 452.....	227, 288

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Ruffo v. Conseil de la magistrature	[1995] 4 S.C.R. 267.....	951
Rumping v. Director of Public Prosecutions	[1962] 3 All E.R. 256.....	1109
Russow v. British Columbia (Attorney General).....	(1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29.....	706

S

Sammut v. Strickland.....	[1938] A.C. 678.....	170
Samuelli v. Jouhannet	[1994] R.J.Q. 152	264
Sansregret v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 570.....	1185
Saumur v. City of Québec.....	[1953] 2 S.C.R. 299.....	661
Saumur v. Procureur général de Québec	[1964] S.C.R. 252.....	991
Sawyer and Ontario Racing Commission, Re	(1979), 24 O.R. (2d) 673.....	957
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	21, 132, 360, 675
School Division of Assiniboine South, No. 3 v. Greater Winnipeg Gas Co.....	[1971] 4 W.W.R. 746.....	468
Schrump v. Koot	(1977), 18 O.R. (2d) 337.....	470
Schwartz v. Canada.....	[1996] 1 S.C.R. 254.....	234, 1012
Scotia McLeod Inc. v. Champagne	[1989] R.J.Q. 1845	254
Scott v. Scott	[1913] A.C. 419	495
Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria	[1981] 2 S.C.R. 181.....	979
Services Asbestos Canadien (Québec) Ltée v. Commission de la construction du Québec	[1989] R.J.Q. 1564	962
Shewchuk and Ricard, Re.....	(1986), 28 D.L.R. (4th) 429	913
Shoukatallie v. The Queen.....	[1962] A.C. 81	377, 398
Simon v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 387.....	191
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	675
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177.....	675
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 282	952
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	21, 132
Smith v. National Trust Co.....	(1912), 45 S.C.R. 618.....	977
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	466
Snyder v. Montreal Gazette Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 494.....	242, 291
Société de vin internationale Ltée v. Régie des permis d'alcool du Québec	J.E. 91-853	962
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549.....	641
Société Radio-Canada c. Lessard	[1991] 3 R.C.S. 421.....	497
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1991] 3 R.C.S. 459.....	497
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario).....	[1981] 2 S.C.R. 494.....	44
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario).....	[1981] 2 R.C.S. 494.....	44
Southam Inc. and The Queen (No.1), Re	(1983), 41 O.R. (2d) 113.....	495
Spencer and The Queen, Re	(1983), 145 D.L.R. (3d) 344.....	1070
Starr v. Houlden	[1990] 1 S.C.R. 1366.....	1038
Stein c. Le navire «Kathy K».....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	234

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802.....	234
Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.	[1956] S.C.R. 936.....	451
Stewart and The Queen, Re.....	(1976), 30 C.C.C. (2d) 391.....	32
Stuart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536.....	560, 996
Sydall v. Castings Ltd.....	[1967] 1 Q.B. 302.....	440
Syndicat canadien de la fonction publique v. Conseil des services essentiels.....	[1989] R.J.Q. 2648	939
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	91
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.....	891, 940
Syndicat des employés de production du Québec et de L'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1989] 2 S.C.R. 879.....	891, 940
T		
Taverne Le Relais Inc. v. Régie des permis d'alcool du Québec ...	[1989] R.J.Q. 2490	948
Taylor v. Attorney-General	(1837), 8 Sim. 413, 59 E.R. 164	991
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	673, 867, 884, 904
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission)	[1991] 2 S.C.R. 22.....	673, 867, 884, 904
The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae	[1952] 2 S.C.R. 76.....	1023
The Queen v. Inhabitants of Watford.....	(1846), 9 Q.B. 626, 115 E.R. 1413	1032
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	46
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	46
Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George).....	[1978] 2 S.C.R. 267.....	237, 294
Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.	(1992), 98 D.L.R. (4th) 736.....	762
Town of Montreal West v. Hough.....	[1931] S.C.R. 113.....	287
Trammel v. United States	445 U.S. 40 (1980).....	1070, 1102, 1122
U		
Uniacke v. Dickson	(1848), 1 N.S.R. 287	976
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général).....	[1992] 1 R.C.S. 901.....	502
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	[1992] 1 S.C.R. 901.....	502
United States v. Archer.....	733 F.2d 354 (1984).....	1098
United States v. Brown.....	605 F.2d 389 (1979).....	1106
United States v. Chapman	866 F.2d 1326 (1989).....	1106
United States v. Cleveland.....	477 F.2d 310 (1973).....	1106
United States v. Donlon.....	909 F.2d 650 (1990).....	1106
United States v. Doughty.....	460 F.2d 1360 (1972).....	1106

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
United States v. Evans	572 F.2d 455 (1978).....	1139
United States v. Tsinnijinnie	601 F.2d 1035 (1979).....	1105
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S.	581
University of British Columbia v. Berg	[1993] 2 S.C.R. 353.....	581

V

Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673.....	873, 950
Vanasse v. Cité de Montréal.....	(1888), 16 R.L. 386.....	287
Verdun c. Banque Toronto-Dominion	[1996] 3 R.C.S. 550.....	1007, 1138
Verdun v. Toronto-Dominion Bank.....	[1996] 3 S.C.R. 550.....	1007, 1138
Veteran Appliance Service Co. v. 109272 Development Ltd.	(1985), 67 A.R. 117.....	436
Vézéau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	317
Vézina and Côté v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 2.....	195
Viau v. Syndicat canadien de la fonction publique.....	[1991] R.R.A. 740.....	253
Vinden v. Hughes.....	[1905] 1 K.B. 795.....	771
Vine Estate v. Minister of National Revenue.....	(1989), 29 F.T.R. 59.....	1160
Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1085.....	262

W

Walhein	(1952), 36 Cr. App. R. 167.....	376
Walkertown (Town) v. Erdman	(1894), 23 S.C.R. 352.....	1079
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	1071
Watson.....	(1988), 87 Cr. App. R. 1.....	378, 395
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929.....	904
Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg.....	[1971] S.C.R. 957.....	357
West Island Teachers' Association v. Nantel.....	[1988] R.J.Q. 1569	258
Wilson v. Martinello	(1993), 47 A.C.W.S. (3d) 69.....	293
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594.....	32
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton.....	[1985] 2 S.C.R. 150.....	974
Wright v. Doe d. Tatham	(1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R.1108.....	1079

Z

Zaduk and The Queen, Re.....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 1.....	34
Zaduk and The Queen, Re.....	(1978), 38 C.C.C. (2d) 349.....	35
Zaduk and The Queen, Re.....	(1979), 46 C.C.C. (2d) 327.....	35
Zaidan Group Ltd. v. London (City).....	(1990), 71 O.R. (2d) 65.....	977
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[1992] 2 R.C.S. 321.....	578
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321.....	578
Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)	(1988), 65 O.R. (2d) 641.....	693

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
NUMBERS/NUMÉROS		
143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)	[1994] 2 S.C.R. 339.....	46
143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général).....	[1994] 2 R.C.S. 339.....	46
2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool).....	[1996] 3 S.C.R. 919.....	1138

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1		Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12	
s. 236(5).....	84	s. 1.....	211, 268
s. 236(6).....	84	s. 4.....	211
s. 236(7).....	84	s. 23.....	919
		s. 49.....	211, 268
		s. 56(1).....	919
B		Civil Code of Lower Canada	
Bank Act, S.C. 1991, c. 46		art. 1241.....	211
s. 93(1).....	550	Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25	
s. 143(1).....	550	art. 1003.....	347
Bills of Exchange Act, R.S.C., (1985), c. B-4		art. 1031.....	211
s. 20(5).....	727	art. 1045.....	211
s. 165(3).....	727	Constitution Act, 1982	
		s. 35(1).....	101, 139
		s. 52.....	101, 854
C		Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 121(1)(c).....	1128
s. 1.....	480, 609, 854	s. 187.....	3
s. 2(a).....	609	s. 253(b).....	199
s. 2(b).....	480	s. 254(3).....	199
s. 7.....	3, 525	s. 254(4).....	199
s. 8.....	3, 312	s. 254(5).....	199
s. 9.....	312	s. 255(1).....	199
s. 10(b).....	607	s. 255(2).....	199
s. 11(d).....	3, 525	s. 283.....	783
s. 15.....	854	s. 284.....	783
s. 15(1).....	609	s. 486(1).....	480
s. 24.....	3	s. 686(1)(a)(ii).....	362
s. 24(1).....	854	s. 686(1)(a)(iii).....	362
s. 27.....	609	s. 686(1)(b)(iii).....	829, 1128
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6		s. 691(2)(a).....	199
s. 15(c).....	854	s. 715.....	1043
		Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.)	
		s. 99(1)(f).....	312

	PAGE		PAGE
E		P	
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2		Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987,	
s. 1(1).....	609	c. P-22.1	
		s. 16.....	525
F		Q	
Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, c. 160		Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852	
s. 18(4).....	783	s. 4(1).....	101
s. 52.....	783	s. 5(9).....	101
I		S	
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5		Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch.	
s. 88.....	139	S-24.1	
		art. 16(1)	566

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 686(1)a)(iii)	362
art. 1	480, 609, 854	art. 686(1)b)(iii)	829, 1128
art. 2a)	609	art. 691(2)a)	199
art. 2b)	480	art. 715	1043
art. 7	3, 525	Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25	
art. 8	3, 312	art. 1003	347
art. 9	312	art. 1031	211
art. 10b)	607	art. 1045	211
art. 11d)	3, 525	F	
art. 15	854	Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 160	
art. 15(1)	609	art. 18(4)	783
art. 24	3	art. 52	783
art. 24(1)	854	L	
art. 27	609	Loi canadienne sur les droits de la personne,	
Charte des droits et libertés de la personne,		L.R.C. (1985), ch. H-6	
L.R.Q., ch. C-12		art. 15c)	854
art. 1	211, 268	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 4	211	art. 35(1)	101, 139
art. 23	919	art. 52	101, 854
art. 49	211, 268	Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2	
art. 56(1)	919	art. 1(1)	609
Code civil du Bas Canada		Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1	
art. 1241	211	art. 236(5)	84
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 236(6)	84
art. 121(1)c)	1128	art. 236(7)	84
art. 187	3	Loi sur la procédure applicable aux infractions	
art. 253b)	199	provinciales, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1	
art. 254(3)	199	art. 16	525
art. 254(4)	199	Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46	
art. 254(5)	199	art. 93(1)	550
art. 255(1)	199	art. 143(1)	550
art. 255(2)	199		
art. 283	783		
art. 284	783		
art. 486(1)	480		
art. 686(1)a)(ii)	362		

	PAGE		PAGE
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2 ^e suppl.)		S	
art. 99(1)f).....	312	Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1	
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5		s. 16(1).....	566
art. 88.....	139		
Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4			
art. 20(5).....	727		
art. 165(3).....	727		

R

Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852	
art. 4(1).....	101
art. 5(9).....	101

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
André, Robert. <i>La réparation du préjudice corporel</i> . Bruxelles: E. Story-Scientia, 1986.....	289
Anisman, Philip. “Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms”. In <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.....	876
Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal. <i>Principes de responsabilité pénale: Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada</i> . Ottawa: L’Association, 1992	1165
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.....	239, 285
Baudouin, Jean-Louis. «Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse» (1966), 44 <i>Can. Bar Rev.</i> 391.....	289
Baudouin, Louis. <i>Le droit civil de la province de Québec</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.....	288
Baudouin, Louis. «Le Solatium doloris» (1955), 2 <i>C. de D.</i> 55.....	289
Beaumier, Manon. “Le recours collectif au Québec et aux États-Unis” (1987), 18 <i>R.G.D.</i> 775	229
Belkaoui, A. <i>Linguistic Relativism in Accounting</i> . Working Paper 76-7. Ottawa: University of Ottawa, 1976	1013
Bellemare, Daniel A. <i>L’écoute électronique au Canada</i> . Montréal: Yvon Blais, 1981.....	24
Bennion, Francis Alan Roscoe. <i>Statutory Interpretation: A Code</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1992	1001
Bennion, Francis Alan Roscoe. <i>Statutory Interpretation: Codified, with a critical Commentary</i> . London: Butterworths, 1984.....	1001
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1979, “renewal”, “extension”	435
Boisvert, Anne-Marie. “La renonciation aux droits constitutionnels: quelques réflexions”, dans <i>Développements récents en droit criminel</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989, 185	540
Boivin, Richard. “Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français” (1995), 55 <i>R. du B.</i> 135.....	171
Brault, Bernard, et al. <i>Guide de la saine gestion des entreprises et des organisations (Principes d’administration et de gestion généralement reconnus)</i> , 2 ^e éd. Montréal: Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec, 1992 (feuilles mobiles).....	1014
Brière de L’Isle, Georges. “La faute dolosive — tentative de clarification”, D.1980.Chron.133	261
Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald, eds., <i>Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law</i> . Toronto: Emond Montgomery, 1993.....	972
Brun, Henri. <i>Le territoire du Québec: six études juridiques</i> . Québec: Les Presses de l’Université Laval, 1974	170

Brun, Henri. "Les droits des Indiens sur le territoire du Québec" (1969), 10 <i>C. de D.</i> 415	169
Brun, Henri, et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.....	975
Canada. Cabinet du Premier ministre. <i>Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat</i> . Ottawa: Cabinet du Premier ministre, 1994	1138
Canada. Canadian Committee on Corrections. <i>Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969	23
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , n ^o 93, 3 juin 1982, aux pp. 93:10 et 93:11	799
Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. <i>Égalité pour tous: rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1985.....	586
Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Justice pénale et correction: un lien à forger</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969	23
Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. <i>La liberté et la sécurité devant la loi</i> , vol. 1. Ottawa: La Commission, 1981.....	23
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Le chèque: un peu plus moderne</i> . Ottawa: La Commission, 1979	781
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur la preuve</i> . Ottawa: La Commission, 1975.....	1070
Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. Document préliminaire n ^o 1, <i>L'habilité et la contrainte à témoigner</i> . Ottawa: La Commission, 1972.....	1071
Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. <i>Freedom and Security under the Law</i> , vol. 1. Ottawa: The Commission, 1981.....	23
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Partenaires au sein de la Confédération: les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services, 1993	174
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 93, June 3, 1982, at pp. 93:10 and 93:11	799
Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. <i>Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1985.....	586
Canada. Industrie Canada. <i>La Loi canadienne sur les sociétés par actions — document de consultation — propositions d'amendements de nature technique</i> . Ottawa: Industrie Canada, 1995.....	564
Canada. Industry Canada. <i>Canada Business Corporations Act Discussion Paper: Proposals for Technical Amendments</i> . Ottawa: Industry Canada, 1995	564
Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. Study Paper No. 1. <i>Evidence: Competence and Compellability</i> . Ottawa: The Commission, 1972.....	1071
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: The Commission, 1975.....	1070
Canada. Law Reform Commission. <i>The Cheque: Some Modernization</i> . Ottawa: The Commission, 1979	781
Canada. Office of the Prime Minister. <i>Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders</i> . Ottawa: Office of the Prime Minister, 1994	1138
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1993.....	174
Canada. Solicitor General. <i>Annual Report on the Use of Electronic Surveillance</i> . Ottawa: Solicitor General, 1993	47
Canada. Solliciteur général. <i>Rapport annuel sur la surveillance électronique</i> . Ottawa: Solliciteur général, 1993	47

Canadian Bar Association. Criminal Recodification Task Force. <i>Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada</i> . Ottawa: The Association, 1992	1165
Canadian Institute of Chartered Accountants. <i>CICA Handbook</i> . Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1968 (loose-leaf)	1014
Canadian Institute of Chartered Accountants. <i>The Accountant's Manual</i> . Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1995 (loose-leaf)	1014
Carignan, Pierre. "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 <i>R.J.T.</i> 375	646, 692
Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?» (1978), 56 <i>Can. Bar Rev.</i> 197	301
Carr, James G. <i>The Law of Electronic Surveillance</i> , vol. 2. New York: Clark Boardman, 1986 (loose-leaf updated 1996, release 18)	37
Chartier, Yves. <i>La réparation du préjudice dans la responsabilité civile</i> . Paris: Dalloz, 1983	246
Chorney, N. M. "Wiretapping and Electronic Eavesdropping" (1965), 7 <i>C.L.Q.</i> 434	23
Cohen, Stanley A. <i>Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1983	32, 80
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991	1172
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, "exhort" ...	375
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "extend", "renew"	435
Cooper-Stephenson, Ken. <i>Charter Damages Claims</i> . Toronto: Carswell, 1990	358
Cooper-Stephenson, Ken. <i>Personal Injury Damages in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996	468
Copi, Irving M., and Carl Cohen. <i>Introduction to Logic</i> , 8th ed. New York: Macmillan, 1990	1020
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990	441, 974, 1157
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991	441, 974, 1157
<i>Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada</i> , 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986	748
<i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 8th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1995	1070
Cumming, Peter A., and Neil H. Mickenberg, eds. <i>Native Rights in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing Co. Ltd., 1972	169
<i>Dictionary of Canadian Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "drawer"	758
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	559, 781, 996
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994	439, 554, 1005, 1157
Du Plessis, Lourens Marthinus. <i>The Interpretation of Statutes</i> . Durban, South Africa: Butterworths, 1986...	1004
Ducharme, Léo. <i>Précis de la preuve</i> , 4 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993	230
Ducharme, Louise, et Yves Lauzon. "Le recours collectif". Barreau du Québec: Formation permanente, 1985, n ^o 94	356
Dupichot, Jacques. <i>Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle</i> . Paris: L.G.D.J., 1969	285
Dussault, René, and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vols. 1 and 4, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985-1990	968, 986

Dussault, René, and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 5, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990	358
Dussault, René, et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. I et III, 2 ^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1984-1989	968, 986
Dussault, René, et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. III, 2 ^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989	358
Eccles, W. J. "Sovereignty — Association, 1500-1783", <i>Canadian Historical Review</i> , 65, 4 (1984): 475-510	171
Eskridge, William N. <i>Dynamic Statutory Interpretation</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994	994
Evans, J. M. "Administrative Tribunals and Charter Challenges" (1989), 2 <i>C.J.A.L.P.</i> 13	872
Ewaschuk, E. G. "Abduction of Children by Parents" (1978-79), 21 <i>Crim. L.Q.</i> 176	799
Falconbridge, John Delatre. <i>Banking and Bills of Exchange</i> , 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 1956	752
Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. <i>Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence</i> . Toronto: Carswell, 1982	1070
Ferland, Denis, et Benoît Emery. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 2, 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994	229
Fishman, Clifford S. <i>Wiretapping and Eavesdropping</i> . Rochester: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1978	37
Fleming, John G. "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 661	474
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992	467
Frenette, Orville. <i>L'incidence du décès de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit sur l'action en indemnité</i> . Ottawa: Université d'Ottawa, 1961	289
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994	425
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> , vol. 1, 3 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991	948
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> , vol. 2, 3 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991	359
Gardner, Daniel. <i>L'évaluation du préjudice corporel</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994	240, 291
Geva, Benjamin. "The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd." (1977-78), 2 <i>C.B.L.J.</i> 418	751
Gillies, Peter. <i>Criminal Law</i> , 3rd ed. Sydney: Law Book Co., 1993	1143
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. Paris: Le Robert, 1986, "enlever", "priver"	795
Green, Leslie Claude, and Olive P. Dickason. <i>The Law of Nations and the New World</i> . Edmonton: The University of Alberta Press, 1989	170
Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. <i>Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1983	1070
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 36, 3rd ed. London: Butterworths, 1961	977
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 44(1), 4th ed. London: Butterworths, 1995	977
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf)	659, 874
Indian-Eskimo Association of Canada. <i>Native Rights in Canada</i> . Report of the Legal Committee of the Indian-Eskimo Association of Canada. Toronto: Harvie Foundation, 1970	171
Institut canadien des comptables agréés. <i>Manuel de l'ICCA</i> . Toronto: Institut canadien des comptables agréés, 1969 (feuilles mobiles)	1014
Institut canadien des comptables agréés. <i>The Accountant's Manual</i> . Toronto: Institut canadien des comptables agréés, 1995 (feuilles mobiles)	1014
Jackett, W. R. "Foundations of Canadian Law in History and Theory". In O. E. Lang, ed., <i>Contemporary Problems of Public Law in Canada</i> . Toronto: University of Toronto, 1968, 3	976

Jaenen, Cornelius J. "French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime", in J. R. Miller, ed., <i>Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1991, 19	171
Jardine, James W. "Defence Attacks". In Continuing Legal Education Society of British Columbia, <i>Search & Seizure and Wiretap</i> . Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, c. 6.2	54
Johnstone, Bruce. "Parental Child Abduction Under the Criminal Code" (1987), 6 <i>Can. J. Fam. L.</i> 271	799
Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994	1039
Josserand, Louis. <i>Cours de droit civil positif français</i> , t. II, 3 ^e éd. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939	242
Jutras, Daniel. "Pretium et précision" (1990), 69 <i>Can. Bar Rev.</i> 203	241
Keable, Jean F. «Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)». Dans <i>Application des Chartes des droits et libertés en matière civile</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 251	1016
King, Joseph H. "Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences" (1981), 90 <i>Yale L.J.</i> 1353	474
Kuttner, Thomas. "Courts, Labour Tribunals and the Charter" (1990), 39 <i>U.N.B. L.J.</i> 85	874
Le Roy, Max. <i>L'évaluation du préjudice corporel</i> , 12 ^e éd. Paris: Litec, 1993	246
Lepofsky, M. David. <i>Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings</i> . Toronto: Butterworths, 1985	504
Louisell, David W., and Christopher B. Mueller. <i>Federal Evidence</i> . Rochester, New York: Lawyers Cooperative Publishing Co., 1985	1106
Luntz, Harold. <i>Assessment of Damages</i> , 3rd ed. Melbourne: Butterworths, 1990	289
Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. <i>Practice and Procedure Before Administrative Tribunals</i> , vol. 2. Toronto: Carswell, 1995 (loose-leaf)	876
MacFarlane, R. O. "British Indian Policy in Nova Scotia to 1760", <i>Canadian Historical Review</i> , 19, 2 (1938): 154-167	172
MacNutt, W. S. <i>The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857</i> . Toronto: McClelland & Stewart, 1965	172
Maitland, Frederic William. <i>The Constitutional History of England</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1908	976
Martin, Sheilah L. "Section 165(3) of the Bills of Exchange Act" (1985-86), 11 <i>C.B.L.J.</i> 23	763
Mayrand, Albert. «Les chefs d'indemnité en cas d'accident mortel» (1968), 9 <i>C. de D.</i> 639	288
Mazeaud, Léon et Henri, et Jean Mazeaud. <i>Leçons de droit civil</i> , t. 2, 8 ^e éd. par François Chabas. Paris: Éditions Montchrestien, 1991	242
McAllister, Debra M. "Administrative Tribunals and the Charter: A Tale of Form Conquering Substance". In <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1992	870
McClurg, Andrew Jay. «It's a Wonderful Life: The Case for Hedonic Damages in Wrongful Death Cases» (1990), 66 <i>Notre Dame L. Rev.</i> 57	304
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 4th ed. By John William Strong, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992	1078
McGuinness, Kevin Patrick. <i>The Law of Guarantee</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996	422, 438, 450
Medine, David. "The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a 'Sentimental Relic'" (1988), 67 <i>Oreg. L. Rev.</i> 519	1097

1	AUTHORS CITED	PAGE
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Mewett & Manning on Criminal Law</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994		1144
Michell, Paul. "Just Do It! Eskridge's Critical Pragmatic Theory of Statutory Interpretation" (1996), 41 <i>McGill L.J.</i> 713		1010
Mill, James. "Liberty of the Press". In <i>Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations</i> . Reprints of Economic Classics. New York: Augustus M. Kelley, 1967		494
Munkman, John. <i>Damages for Personal Injuries and Death</i> , 9th ed. London: Butterworths, 1993		473
Nantel, Maréchal. «Le recours des parents en vertu de l'article 1056 C.c. est-il de droit anglais?» (1930), 8 <i>R. du D.</i> 469		288
Nobes, Christopher. "The True and Fair View Requirement: Impact on and of the Fourth Directive" (1993), 24 <i>Accounting and Business Research</i> 35		1014
Nussbaum, Martha C. "Platonic Love and Colorado Law: The Relevance of Ancient Greek Norms to Modern Sexual Controversies" (1994), 80 <i>Va. L. Rev.</i> 1515		1010
Nussbaum, Martha C. "The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education" (1993), 45 <i>Stan. L. Rev.</i> 1627		1011
Ogilvie, M. H. <i>Canadian Banking Law</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1991		746
Ogilvie, M. H. "Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: <i>Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce</i> " (1994), 9 <i>B.F.L.R.</i> 227		747
Ogus, A. I. "Damages for Lost Amenities: for a Foot, a Feeling or a Function?" (1972), 35 <i>Modern L. Rev.</i> 1		245
Ontario. Commission on Private Schools in Ontario. <i>Report of the Commission on Private Schools in Ontario</i> (Shapiro Report). Toronto: 1985		671, 718
Ontario. Commission sur les écoles privées de l'Ontario. <i>Rapport de la Commission sur les écoles privées de l'Ontario</i> (le rapport Shapiro). Toronto: 1985		671, 718
Ontario. Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario. <i>Report on Religious Information and Moral Development</i> . (MacKay Report). Toronto: Department of Education, 1969		692
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Exemplary Damages</i> . Toronto: The Commission, 1991		262
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , 4th sess., 31st parl., May 23, 1980, p. 2135		650
Ontario. Royal Commission on Education in Ontario. <i>Report of the Royal Commission on Education in Ontario</i> . Toronto: King's Printer, 1950		692
Ontario Securities Commission. <i>Report of the Joint Regulatory Task Force on Shareholder Communication to the Canadian Securities Administrators</i> . Toronto: Ontario Securities Commission, 1987		563
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "deprive", "take"		795
Pearson, John C. Annotation to <i>R. v. Greenwood</i> (1992), 8 C.R. (4th) 236		1153
Perret, Louis. "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec" (1981), 12 <i>R.G.D.</i> 121		261
<i>Petit Robert 1</i> . Paris: Le Robert, 1989, "dignité", "intégrité"		252
<i>Petit Robert 1</i> . Paris: Le Robert, 1995, «exhorter»		375
<i>Phillips on Evidence</i> , 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990		1070
Pilkington, Marilyn L. "Monetary Redress for Charter Infringement". In Robert J. Sharpe, ed., <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987, 307		358
Planiol, Marcel, et Georges Ripert. <i>Traité pratique de droit civil français</i> , t. 6, 2 ^e éd. Paris: L.G.D.J., 1952		242
Poirier, Jean Sébastien. «Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du Code civil du Bas Canada et le <i>solatium doloris</i> » (1995), 29 <i>R.J.T.</i> 657		288

Pollet, Susan L. "Parental Kidnapping: Can Laws Stem the Tide?" (1993), 21 <i>J. Psychiatry & L.</i> 417.....	799
Priest, Margot. "Charter Procedure in Administrative Cases: The Tribunal's Perspective" (1994), 7 <i>C.J.A.L.P.</i> 151.....	870
Québec. Régie des permis d'alcool. <i>Rapport annuel 1991-1992</i> . Québec: Publications du Québec, 1992.....	955
Rafferty, Nicholas. "Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers" (1979-80), 4 <i>C.B.L.J.</i> 208.....	749
Regan, Milton C. Jr. "Spousal Privilege and the Meanings of Marriage" (1995), 81 <i>Va. L. Rev.</i> 2045.....	1105
Roman, Andrew J. "Tribunals Deciding <i>Charter of Rights</i> Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — <i>Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury</i> " (1992), 1 <i>Admin. L.R.</i> (2d) 243	869
Roy, Pauline. "La difficile intégration du concept de dommages exemplaires en droit québécois", dans <i>Responsabilité civile et les dommages (en constante évolution)</i> . Toronto: Canadian Institute, 1990.....	257
Roy, Pauline. <i>Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile</i> , 1995 (thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, Montréal).....	257
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.....	229
Sagatun, Inger J., and Lin Barrett. "Parental Child Abduction: The Law, Family Dynamics, and Legal System Responses" (1990), 18 <i>J. Crim. Just.</i> 433.....	799
Sarna, Lazar. <i>The Law of Declaratory Judgments</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.....	991
Schiff, Stanley A. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.....	1076, 1101
Scott, Stephen A. "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 <i>McGill L.J.</i> 78.....	763
Singer, Norman J. <i>Statutes and Statutory Construction</i> , vol. 2A, 5th ed. New York: CBC, 1992.....	999
Slattery, Brian. "Did France Claim Canada Upon Discovery?" In J. M. Bumsted, ed., <i>Interpreting Canada's Past</i> (1986), vol. I. Toronto: Oxford University Press, 1986.....	171
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 727.....	171
Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. <i>The Conduct of an Appeal</i> . Toronto: Butterworths, 1993.....	478
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	1077, 1101
Stanley, G. F. G. <i>New France: The Last Phase 1744-1760</i> . Toronto: McClelland & Stewart, 1968.....	172
Stanley, G. F. G. "The First Indian 'Reserves' in Canada", <i>Revue d'histoire de l'Amérique française</i> 4, 2 (1950): 178-210.....	169
Starck, Boris. <i>Obligations</i> , vol. 1, 4 ^e éd. par Henri Roland et Laurent Boyer. Paris: Litec, 1991.....	242
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.....	1165, 1184
Taman, Larry. "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments". In Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers, eds., <i>Administrative Tribunals and the Charter</i> . Toronto: Carswell, 1990.....	876
Tanovich, David M. "When does <i>Stinchcombe</i> Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?" (1995), 38 <i>C.R.</i> (4th) 202.....	45
Tarnopolsky, Walter Surma. <i>The Canadian Bill of Rights</i> , 2nd rev. ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1975	1034
United States. Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess. Reprinted in [1968] <i>U.S.C. Cong. & Admin. News</i> 2112.....	36
VanHorne, Robert D. «Wrongful Death Recovery: Quagmire of the Common Law» (1985-86), 34 <i>Drake L. Rev.</i> 987.....	289
Viney, Geneviève. <i>L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation</i> . Paris: L.G.D.J., 1992.....	246

Viney, Geneviève. «Responsabilité civile», J.C.P. 1995, éd. G, I, 3853	304
Viney, Geneviève. <i>Traité de droit civil</i> , t. 4, <i>Les obligations: la responsabilité — conditions</i> . Paris: L.G.D.J., 1982	285
Viney, Geneviève. <i>Traité de droit civil</i> , t. 5, <i>Les obligations: la responsabilité — effets</i> . Paris: L.G.D.J., 1988	304
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf updated December 1995, release 4).....	262, 285
Walker, David M. <i>Principles of Scottish Private Law</i> , vol. 2, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.....	289
Wasserman, Gertrude. «‘Solatium Doloris’ as an element in the awarding of damages arising from delict and quasi-delict» (1953), 13 <i>R. du B.</i> 127.....	288
Watt, David. <i>Law of Electronic Surveillance in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1979.....	24
Watt, David. <i>The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127</i> . Toronto: Butterworths, 1984	795
Wéry, André. “L’évaluation judiciaire des dommages non pécuniaires résultant de blessures corporelles: du pragmatisme de l’arbitraire?”, [1986] R.R.A. 355	245
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.....	1212
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961	1068, 1119
Williams, Glanville. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961	1186
Zamir, Itzhak. <i>The Declaratory Judgment</i> , 2nd ed. By Lord Woolf and Jeremy Woolf. London: Sweet & Maxwell, 1993.....	991
Zander, Michael. <i>The Law-Making Process</i> , 4th ed. London: Butterworths, 1994	998

Kevin Roy Hawkins and Claude Morin Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. HAWKINS

File No.: 24633, 24634.

1996: March 18; 1996: November 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Witnesses — Competency and compellability — Spouses — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether common law rule of spousal incompetence should be modified in circumstances of case.

Criminal law — Evidence — Witnesses — Evidence previously taken — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether Crown should have been able to read preliminary inquiry testimony into evidence at trial under s. 715 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.

Criminal law — Evidence — Hearsay — Exceptions to hearsay rule — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether Crown should have been able to read preliminary inquiry testimony into evidence at trial as

Kevin Roy Hawkins et Claude Morin Appelants

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. HAWKINS

N° du greffe: 24633, 24634.

1996: 18 mars; 1996: 28 novembre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Témoins — Habilité à témoigner et contraignabilité — Conjoints — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner devrait-elle être modifiée dans les circonstances de l'espèce?

Droit criminel — Preuve — Témoins — Témoignage recueilli antérieurement — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — Le ministère public aurait-il dû être autorisé à lire à titre de preuve au procès le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire conformément à l'art. 715 du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.

Droit criminel — Preuve — Oui-dire — Exceptions à la règle du oui-dire — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — Le ministère public aurait-il dû être autorisé à lire à titre de

principled exception to hearsay rule — Whether witness's prior statements satisfy necessity and reliability requirements.

Pursuant to an internal investigation, the Crown believed that H, a police officer, had provided the co-accused M, a former president of a motorcycle club, with confidential information concerning police surveillance of the club in return for money. The key figure in the Crown's investigation was G, H's girlfriend. At the preliminary inquiry, the Crown called G as a competent and compellable witness, and she made a number of statements under oath and cross-examination which incriminated H. However, shortly thereafter, G retained her own counsel and sought to testify again. This application was granted, and, in her subsequent testimony, G recanted key portions of her previous statements, offering explanations with respect to the events in question that were in direct contradiction to what she had previously told the court. Following the completion of the preliminary inquiry, and prior to trial, G and H were legally married. The trial judge found that G was not competent for the Crown, owing to the common law rule of spousal incompetence. Following the ruling on the motion, the Crown decided that it would not offer any evidence in support of a conviction. Accordingly, the jury rendered directed acquittals of the two accused. The majority of the Court of Appeal agreed that the witness was not competent for the Crown, but held that the evidence could have been admitted pursuant to s. 715 of the *Criminal Code* or alternatively under the principled exception to the hearsay rule developed in *Khan, Smith and B. (K.G.)*. The court set aside the acquittals and ordered a new trial.

Held (Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

- (1) The common law rule of spousal incompetence should not be modified in the circumstances of this case.
- (2) G's testimony at the preliminary inquiry cannot be read into evidence at trial pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*.
- (3) *Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. (Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting): G's testimony at the preliminary inquiry may be read into evidence

preuve au procès le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire? — Les déclarations antérieures du témoin satisfont-elles aux exigences de nécessité et de fiabilité?

À la suite d'une enquête interne, le ministère public croyait que H, un policier, avait, en contrepartie d'une somme d'argent, donné au coaccusé M, ancien président d'un club de motards, des renseignements confidentiels au sujet d'une surveillance du club par la police. Le principal témoin à l'enquête du ministère public était G, la petite amie de H. À l'enquête préliminaire, le ministère public a assigné G à titre de témoin habile à témoigner et contraignable et celle-ci a fait des déclarations sous serment qui incriminaient H. Cependant, peu de temps après, G a retenu les services d'un avocat et demandé à témoigner de nouveau. Cette demande a été accordée et, dans son témoignage subséquent, G a rétracté des parties importantes de ses déclarations antérieures, fournissant relativement aux événements en question des explications qui contredisaient directement ce qu'elle avait auparavant affirmé devant le tribunal. À la fin de l'enquête préliminaire et avant le procès, G et H se sont mariés. Le juge du procès a conclu que G n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant en raison de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Après le jugement sur la requête, le ministère public a décidé de ne pas présenter de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. Le jury a donc rendu des verdicts imposés d'acquiescement relativement aux deux accusés. La Cour d'appel à la majorité a reconnu que le témoin n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant, mais a statué que son témoignage aurait pu être admis conformément à l'art. 715 du *Code criminel* ou subsidiairement en vertu d'une exception de principe à la règle du oui-dire formulée dans les arrêts *Khan, Smith, et B. (K.G.)*. La cour a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents): Les pourvois sont rejetés.

- (1) La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner ne devrait pas être modifiée dans les circonstances de l'espèce.
- (2) Le témoignage de G à l'enquête préliminaire ne peut être lu à titre de preuve au procès en vertu de l'art. 715 du *Code criminel*.
- (3) *Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci (les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents): le témoignage de G à l'enquête préliminaire peut

at trial through a principled exception to the hearsay rule.

être lu en preuve au procès en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire.

(1) *Spousal incompetence*

The circumstances of this case do not warrant modifying the common law rule of spousal incompetence. Both the trial judge and the Court of Appeal were correct in holding that G was not a competent witness for the Crown at the trial, as she had entered into a valid and genuine marriage with H. The common law rule is that a spouse is an incompetent witness in criminal proceedings in which the other spouse is an accused, except where the charge involves the person, liberty or health of the witness spouse. While the traditional rule has been modified by s. 4 of the *Canada Evidence Act*, these statutory exceptions aside, the general common law rule that the spouse of an accused, willing or not, is not competent to testify against the accused at the behest of the Crown still applies. At common law, it was well accepted that the rule of spousal incompetency renders a spouse incapable of testifying in relation to events which occurred both before and during the marriage. While it is true that this Court has signalled its willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large, it is clear that the courts will only make incremental changes to the common law. By contrast, complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature. Both of the changes proposed by the Crown, whereby a spouse would be rendered competent if the marriage was solemnized after the issuance of an information or indictment and, alternatively, where an accused marries a witness for the purpose of insulating that witness from being called by the prosecution, far from being incremental, would strike at the heart of the traditional rule of spousal incompetency. A marriage entered into following the swearing of an indictment may be perfectly valid and genuine, and there may indeed be a marital bond worthy of protection. Similarly, a marriage which is motivated by a desire to take advantage of the spousal incompetency rule may nonetheless be a true marriage, deserving of the law's protection.

(1) *L'inhabilité du conjoint*

Les circonstances en l'espèce ne justifient pas la modification de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Le juge du procès et la Cour d'appel ont eu raison de conclure que G n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant au procès puisqu'elle avait contracté avec H un mariage valide et authentique. Selon la règle de common law, un conjoint est inhabile à témoigner dans des procédures criminelles dans lesquelles l'autre conjoint est un accusé, sauf si l'accusation concerne la personne, la liberté ou la santé du conjoint témoin. Même si la règle traditionnelle a été modifiée par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, mises à part ces exceptions, la règle générale de common law que le conjoint d'un accusé, qu'il soit ou non disposé à le faire, est inhabile à témoigner contre l'accusé pour le poursuivant s'applique toujours. En common law, il est bien reconnu que, selon la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, un conjoint ne peut pas témoigner relativement à des événements qui se sont produits tant avant que pendant le mariage. Certes, notre Cour s'est montrée disposée à adapter et à élargir la portée des règles de common law de façon à tenir compte de l'évolution sociale globale, mais il est clair que les tribunaux n'apporteront que des changements progressifs à la common law. Par contre, il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines. Les deux changements proposés par le ministère public — c'est-à-dire qu'un conjoint serait habile à témoigner si le mariage a été célébré après la délivrance d'une dénonciation ou d'une mise en accusation et, subsidiairement, dans le cas où une personne accusée épouse un témoin dans le but d'empêcher qu'il soit assigné par le poursuivant — loin d'être progressifs, porteraient atteinte au fondement même de la règle traditionnelle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Un mariage contracté après l'attestation sous serment d'un acte d'accusation peut être parfaitement valide et authentique, et il peut effectivement créer un lien matrimonial qu'il vaut la peine de protéger. De même, un mariage motivé par un désir de bénéficier de l'application de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut néanmoins être un mariage véritable qui mérite la protection de la loi.

(2) *Section 715 of the Criminal Code*

The Court of Appeal erred in concluding that G's testimony before the inquiry could be read into evidence pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*. As it presently reads, s. 715 provides that where a person whose evidence was given at a previous trial on the same charge or was taken in the course of the investigation or on the preliminary inquiry refuses to be sworn or to give evidence, or is now dead, insane, so ill as to be unable to travel or testify, or is absent from Canada, then that person's testimony may be read as evidence in the proceedings without further proof. The evidence must also have been given in the presence of the accused. However, even if preliminary inquiry evidence satisfies these criteria, s. 715 preserves a residual discretion in the trial judge to exclude such evidence. G's marriage clearly cannot be read into the section as grounds for admitting the transcripts of her preliminary inquiry evidence as it does not represent a refusal to give evidence: the common law rule of spousal incompetency disqualifies a spouse from giving evidence, regardless of the spouse's choice.

(3) *Principled exception to the hearsay rule*

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The Court of Appeal was correct in concluding that G's testimony at the preliminary inquiry could be admitted for the truth of its contents through a principled exception to the hearsay rule at common law. Evidence at trial of statements made by a witness in a prior adjudicative proceedings represents a form of hearsay. Under the modern principled framework for defining exceptions to the hearsay rule, a hearsay statement will be admissible for the truth of its contents if it meets the separate requirements of "necessity" and "reliability". These two requirements serve to minimize the evidentiary dangers normally associated with the evidence of an out-of-court declarant. Consistent with the spirit of this modern approach, the twin requirements of "necessity" and "reliability" must always be applied in a flexible manner. If a hearsay statement satisfies these two requirements, the trial judge may put the statement to the trier of fact, subject to appropriate safeguards and to cautions regarding weight. At the same time, this modern framework should also be applied in a manner which preserves and reinforces the integrity of the traditional rules of evidence. Accordingly, the new hearsay analysis should not permit the admission of statements which the declarant, if he or she had been available and competent at trial, would not have been able to offer into evidence

(2) *L'article 715 du Code criminel*

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le témoignage de G à l'enquête préliminaire pouvait être lu à titre de preuve en application de l'art. 715 du *Code criminel*. Dans son libellé actuel, l'art. 715 prévoit que lorsqu'une personne qui a témoigné au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a témoigné au cours d'un examen de l'inculpation ou lors de l'enquête préliminaire, refuse de prêter serment ou de témoigner ou si elle est décédée, est aliénée, est trop malade pour voyager ou pour témoigner ou est absente du Canada, son témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve. Ce témoignage doit aussi avoir été reçu en présence de l'accusé. Cependant, même si le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire satisfait à ces critères, l'art. 715 permet au juge du procès de conserver le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter ce témoignage. Le mariage de G ne peut de toute évidence servir de motif pour admettre les transcriptions du témoignage reçu à l'enquête préliminaire puisqu'il ne représente pas un refus de témoigner: la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner empêche un conjoint de témoigner, quel que soit le choix du conjoint.

(3) *L'exception de principe à la règle du oui-dire*

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory et Iacobucci: La Cour d'appel a eu raison de conclure que le témoignage de G fourni à l'enquête préliminaire pouvait être admis comme preuve de la véracité de son contenu par application d'une exception de principe à la règle du oui-dire reconnue en common law. La preuve au procès de déclarations faites par un témoin dans une procédure décisionnelle antérieure représente une forme de oui-dire. En vertu de l'analyse moderne fondée sur des principes pour définir les exceptions à la règle du oui-dire, une déclaration relatée sera admissible comme preuve de la véracité de son contenu si elle satisfait aux deux exigences de «nécessité» et de «fiabilité». Ces deux exigences permettent de minimiser les dangers normalement associés à la preuve d'une déclaration extrajudiciaire. Conformément à l'esprit de cette analyse moderne, la double exigence de «nécessité» et de «fiabilité» doit toujours être appliquée avec souplesse. Si une déclaration relatée satisfait à ces deux exigences, le juge du procès peut la soumettre au juge des faits, sous réserve des garanties appropriées et des mises en garde quant au poids à lui accorder. Par ailleurs, cette conception moderne devrait aussi être appliquée d'une façon qui préserve et renforce l'intégrité des règles de preuve traditionnelles. Par conséquent, la nouvelle analyse du oui-dire ne devrait pas permettre l'admission de

through direct testimony because of the operation of an evidentiary rule of admissibility.

Under the modern principled framework, hearsay evidence will be necessary in circumstances where the declarant is unavailable to testify at trial and where the party is unable to obtain evidence of a similar quality from another source. Here G was unavailable to testify on behalf of the Crown for the purposes of the necessity criterion. The prosecution could not call upon G to testify as a result of her spousal incompetency, and there was no other means of presenting evidence of a similar value before the court. The requirement of reliability will be satisfied where the hearsay statement was made in circumstances which provide sufficient guarantees of its trustworthiness. In particular, the circumstances must counteract the traditional evidentiary dangers associated with hearsay. The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact. A witness's testimony before a preliminary inquiry will generally satisfy this threshold test of reliability since there are sufficient guarantees of trustworthiness. The surrounding circumstances of such testimony, particularly the presence of an oath or affirmation and the opportunity for contemporaneous cross-examination, more than adequately compensate for the trier of fact's inability to observe the demeanour of the witness in court. The absence of the witness at trial goes to the weight of such testimony, not to its admissibility. G's statements before the inquiry satisfy the criterion of reliability. They were made under oath before a properly constituted preliminary inquiry, and they were subject to the opportunity of contemporaneous cross-examination by counsel for both accused. As well, G's statements were transcribed under circumstances which support their authenticity.

Even where a particular hearsay statement satisfies the criteria of necessity and reliability under the reformed framework, the statement remains subject to the judge's residual discretion to exclude the statement where its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. Here the trial judge should not have exercised his discretion to exclude the evidence of G's testimony before the preliminary inquiry. The risk of undue prejudice arising from her testimony did not substantially exceed the potential probative value of

déclarations que leur auteur, eût-il été disponible et habile à témoigner, n'aurait pas pu présenter directement en preuve dans sa déposition en raison de l'application d'une règle d'admissibilité.

Conformément à l'analyse moderne fondée sur des principes, il sera nécessaire de se servir d'une preuve par ouï-dire lorsque l'auteur de la déclaration ne peut témoigner au procès et que la partie n'est pas en mesure d'obtenir une preuve de qualité similaire d'une autre source. En l'espèce, aux fins de l'application du critère de la nécessité, G ne pouvait témoigner pour le compte du ministère public. Le poursuivant ne pouvait assigner G à témoigner en raison de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, et il n'existait aucun autre moyen de présenter au tribunal une preuve d'une valeur similaire. L'exigence de fiabilité sera remplie si la déclaration relatée a été faite dans des circonstances qui fournissent des garanties suffisantes de sa fiabilité. Tout particulièrement, les circonstances doivent neutraliser les dangers en matière de preuve qui ont de tout temps été associés au ouï-dire. Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder. Un témoignage recueilli à une enquête préliminaire permettra généralement de satisfaire à ce critère de seuil de fiabilité puisqu'il fournit suffisamment de garanties de fiabilité. Les circonstances entourant ce témoignage, tout particulièrement l'existence d'un serment ou d'une affirmation et la possibilité de contre-interrogatoire au moment de la déclaration font plus que contrebalancer l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement du témoin en cour. L'absence du témoin au procès influe sur le poids et non sur l'admissibilité du témoignage. Les déclarations de G à l'enquête préliminaire satisfont au critère de la fiabilité. Elles ont été faites sous serment à une enquête préliminaire régulièrement constituée et G a pu, au moment précis de ces déclarations, être contre-interrogée par les avocats des deux accusés. De plus, les déclarations de G ont été transcrites dans des circonstances qui appuient leur authenticité.

Même dans le cas où une déclaration relatée particulière satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité en vertu de l'analyse réformée, cette déclaration est toujours assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge d'exclure la déclaration lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. Le juge du procès n'aurait pas dû en l'espèce exercer son pouvoir discrétionnaire d'exclure de la preuve le témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire. Le risque de préjudice indu découlant du

such evidence at trial. G's prior testimony was not devoid of probative value as a result of the internal contradictions of her testimony. The simple fact of recantation does not provide a basis for the exclusion of a witness's testimony. Nor did G's exposure to numerous outside influences deprive her testimony of its potential probative value. Notwithstanding the contradictions in and outside influences upon G's testimony, the trier of fact may indeed derive significant probative value from her statements at the preliminary inquiry. Finally, the reception of G's prior testimony through a principled exception to the hearsay rule would not result in undue prejudice or unfairness to H. There is no evidence indicating how the admission of G's preliminary inquiry testimony would actually prejudice the accused and the trial process. Nor would admitting the statements undermine H's relationship with G. If G was compelled to testify at trial for the prosecution following her marriage with H, his marital harmony would indeed be jeopardized. However, his marital bond would not be similarly threatened if the prosecution simply read into evidence the testimony which G willingly gave before an adjudicative proceeding prior to the marriage.

In the balance of considerations, and notwithstanding considerations of "unfairness" to the accused in his marital relationship, the risk of prejudice arising from the admission of G's preliminary inquiry testimony did not significantly exceed the potential probative value of such evidence at trial. The trial judge should not have exercised his residual discretion to exclude her testimony, and the transcripts ought to have been put to the trier of fact, subject to appropriate safeguards and instructions. The Crown would of course be obliged to present G's preliminary inquiry testimony before the trier of fact in its entirety.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: In determining whether statements made by a spouse prior to trial can be admitted for their substantive content as exceptions to the hearsay rule, the threshold question which must be asked is whether the evidence is precluded from being admitted because it is barred by the spousal incompetence rule. If the answer to this question is in the negative, there is no need to consider "fairness" on a case-by-case basis. The evidence obtained from the witness in this case, in the form of testimony at a preliminary inquiry, fits rather easily into the principled

témoignage de G n'était pas beaucoup plus important que l'éventuelle valeur probante de cette preuve au procès. Le témoignage antérieur de G n'était pas dépourvu de valeur probante à cause de ses contradictions internes. La simple existence d'une rétractation ne constitue pas un motif d'exclure le témoignage d'une personne. De plus, les nombreuses influences extérieures exercées sur G n'ont pas privé son témoignage de son éventuelle valeur probante. Malgré les contradictions dans le témoignage de G et les influences extérieures qu'elle a subies, le juge des faits peut fort bien accorder une valeur probante importante aux déclarations qu'elle a faites à l'enquête préliminaire. Enfin, la réception du témoignage antérieur de G en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire n'entraînerait pas de préjudice ou d'iniquité indus pour H. Aucune preuve n'a été présentée indiquant de quelle façon l'admission du témoignage que G a fourni à l'enquête préliminaire porterait préjudice à l'accusé et au procès. De plus, l'admission des déclarations ne nuirait pas à la relation de H avec G. Si G était contrainte à témoigner au procès pour le poursuivant ultérieurement à son mariage avec H, l'harmonie conjugale serait effectivement compromise. Cependant, le lien matrimonial ne serait pas mis en danger si le poursuivant ne faisait que lire à titre de preuve le témoignage que G a volontairement donné dans le cours d'une procédure décisionnelle avant le mariage.

Dans la pondération des considérations, et nonobstant celles qui touchent l'«iniquité» envers l'accusé relativement à sa relation matrimoniale, le risque de préjudice découlant de l'admission du témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire n'avait pas beaucoup plus de poids que l'éventuelle valeur probante de ce témoignage au procès. Le juge du procès n'aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure le témoignage de G et les transcriptions auraient dû être soumises au juge des faits, sous réserve de mises en garde et de directives appropriées. Il va sans dire que le ministère public serait tenu de présenter au juge des faits dans son intégralité le témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Pour déterminer si les déclarations faites par un conjoint avant le procès peuvent être admises comme preuve de leur contenu à titre d'exceptions à la règle du oui-dire, la question préliminaire est de savoir si la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner empêche l'admission d'une telle preuve. Si la réponse est négative, la question de l'«équité» au cas par cas ne se pose pas. La preuve obtenue du témoin dans cette affaire, par le biais du témoignage rendu à l'enquête préliminaire, s'intègre plutôt facilement dans l'exception de principe à la règle du

exception to the hearsay rule. Since it was not created in a manner which offends the spousal incompetence rule, there is no need to prevent its admission.

The spousal incompetence rule does not prevent the admission of the out-of-court statements of a spouse. The rule is grounded in the common law, and its scope is thus subject to the interpretation of the courts. The incompetence of a witness does not necessarily preclude the admission of his or her evidence by another route. Evidentiary principles which constrain the truth-seeking process should be carefully tailored so that they do not exceed what is strictly necessary to accomplish the goal for which they are designed. Two surviving policy grounds support the spousal incompetence rule: preventing the threat to marital harmony, and avoiding the natural repugnance of compelling a spouse to testify and having to witness this "spectacle" in court. Since the second rationale is not of concern where the evidence of a spouse is adduced through a hearsay exception, the question to be considered is whether a complete exclusionary rule to statements made prior to trial is warranted on the basis of marital harmony.

The marital harmony rationale becomes considerably less convincing where the evidence is tendered via a third party and not by the spouse on the witness stand. First, the spouse who makes the statement is not put through the stress of having to decide whether or not to testify, as this choice is already made by the time the trial occurs and the Crown seeks to admit the statement. Second, the husband and wife will not be put through the strain of actually sitting through the difficult testimony at trial, and having to face each other directly as accuser and accused. Finally, most of the damaging effect to the marriage will already have occurred by the trial. Balanced against this reduced threat to marital harmony are two pressing rationales which weigh heavily in favour of allowing the admission of this evidence: the recognition that the spousal incompetence rule severely hinders the freedom of individual choice, and the fact that the trial is primarily a truth-seeking inquiry.

The totality of these concerns tilts the balance decidedly in favour of admitting the evidence. The need to allow individuals to freely choose whether to speak, and the importance of the trial as a truth-seeking inquiry designed to redress harms to society, outweigh any need to prevent the reduced threat to marital harmony where

ouï-dire. Puisqu'elle n'a pas été constituée d'une façon qui contrevient à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, il n'y a pas lieu d'en empêcher l'admission.

La règle de l'incapacité du conjoint à témoigner n'empêche pas l'admission des déclarations extrajudiciaires d'un conjoint. Cette règle est ancrée dans la common law et, par conséquent, sa portée est soumise à l'interprétation des tribunaux. L'incapacité d'un témoin n'empêche pas nécessairement l'admission de son témoignage par un autre moyen. Les principes qui régissent la preuve lorsqu'ils permettent de restreindre le processus de recherche de la vérité doivent être soigneusement conçus de façon à ne pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'ils visent. Deux motifs de principe survivent et appuient la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner: empêcher que soit menacée l'harmonie conjugale, et éviter la répugnance naturelle à forcer un conjoint à témoigner et à devoir assister à ce «spectacle» devant le tribunal. Comme la seconde justification est sans importance si la preuve d'un conjoint est présentée par application d'une exception à la règle du ouï-dire, il reste à déterminer si l'harmonie conjugale justifie une règle d'exclusion complète de telles déclarations antérieures au procès.

La justification de l'harmonie conjugale devient beaucoup moins convaincante si la preuve est déposée par l'intermédiaire d'une tierce partie, et non par le conjoint dans la boîte aux témoins. Premièrement, le conjoint qui fait la déclaration n'a pas à subir le stress d'avoir à décider s'il doit témoigner ou non, puisque ce choix a déjà été fait au moment du procès et que le ministère public cherche à faire admettre la déclaration. Deuxièmement, les conjoints n'auront pas à subir l'épreuve du témoignage au procès ni celle de se trouver face à face l'un comme accusateur et l'autre comme accusé. Enfin, la majeure partie des effets accablants sur le mariage se seront déjà fait sentir avant le procès. D'un côté de la balance se trouve cette menace réduite pour l'harmonie conjugale, et de l'autre, deux justifications urgentes qui militent fortement en faveur de l'admission d'une telle preuve: la reconnaissance que la règle de l'incapacité du conjoint porte sérieusement atteinte à la liberté de choix individuel, et le fait que le procès est avant tout un exercice de recherche de la vérité.

Toutes ces préoccupations font résolument pencher la balance en faveur de l'admission de la preuve. La nécessité de permettre aux personnes de choisir en toute liberté de parler et l'importance de la recherche de la vérité dans un procès destiné à réparer les torts causés à la société l'emportent sur tout besoin qui existerait

the statement is made prior to trial. It is not strictly necessary to decide the competence question here as the witness is clearly not willing to testify.

Per La Forest J.: The issue of competency, which it is not strictly necessary to address here since the wife in this case is unwilling to testify, would raise issues on a quite different plane from those raised by the question of compellability. A rule prohibiting a spouse from testifying if he or she so wishes raises serious questions about whether it unreasonably infringes on a person's liberty and equality interests protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Such an infringement would require justification at a level akin to that followed in the case of an alleged breach of *Charter* rights by legislative means. With respect to the wife's evidence given voluntarily at the preliminary hearing, if it is hearsay, it is admissible under the principled exception to the hearsay rule. If it is not hearsay, it is highly relevant evidence and there is no reason to reject it: it was not covered by the rule of spousal immunity, and the considerations that favour its admission under the principled exception to the hearsay rule militate against exclusion under the broad discretionary rule described in *Corbett and Potvin*.

Per Sopinka, McLachlin and Major JJ. (dissenting): The principled exception to the hearsay rule created by the majority to allow hearsay statements of incompetent spouses into evidence violates the policy underlying s. 4 of the *Canada Evidence Act* by forcing spouses to provide evidence against each other. The common law recognized in s. 4 of the *Canada Evidence Act* has the main policy goals of the maintenance of marital harmony and the prevention of the natural repugnance that results in having one testify against his or her accused spouse. While the policy supporting s. 4 may be seen to militate against the search for truth, for the overriding reason of marital harmony, it is grounded in statute and is recognized in the provisions of the *Canada Evidence Act* so that if it is to be changed it clearly falls to Parliament to do so. Should the previous testimony of G be used to convict H, it would violate the policy foundation of s. 4 and have the potential to destroy an otherwise successful marriage. This is so whether the evidence is given at the trial or given at the preliminary hearing before the marriage and read in at the trial. The admission of the evidence offends both the letter and the spirit of the spousal incompetence rule. The Crown would not be permitted to obtain through direct testimony the evidence it is

d'empêcher la menace réduite à l'harmonie conjugale dans le cas où la déclaration est antérieure au procès. Il n'est pas absolument nécessaire de trancher la question de l'habilité à témoigner puisque, en l'espèce, le témoin ne veut clairement pas témoigner.

Le juge La Forest: L'habilité à témoigner, qu'il n'est pas, à strictement parler, nécessaire d'examiner puisque l'épouse ne veut pas témoigner en l'espèce, soulèverait des questions d'un tout autre ordre de celles soulevées par la contraignabilité. Une règle qui interdit à un conjoint de témoigner lorsqu'il le désire soulève de sérieuses questions quant à savoir si elle porte abusivement atteinte aux droits à la liberté et à l'égalité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une telle atteinte devrait être justifiée d'une façon qui s'apparente à celle qui est suivie dans le cas d'une prétendue violation, dans un texte législatif, de droits garantis par la *Charte*. En ce qui concerne le témoignage volontaire de l'épouse à l'enquête préliminaire, s'il s'agit de ouï-dire, elle est admissible en vertu de l'exception de principe à la règle du ouï-dire. S'il ne s'agit pas de ouï-dire, c'est une preuve fort pertinente et il n'y a aucun motif de la rejeter: elle n'est pas visée par la règle de l'immunité conjugale, et les considérations favorables à l'admission de cette preuve en application de l'exception de principe à la règle du ouï-dire militent contre son exclusion en vertu de la règle générale relative au pouvoir discrétionnaire décrite dans *Corbett et Potvin*.

Les juges Sopinka, McLachlin et Major (dissidents): L'exception de principe à la règle du ouï-dire, que la majorité crée afin que puissent être acceptées en preuve des déclarations relatées par des conjoints inhabiles à témoigner, viole la politique de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* en ce sens qu'elle force les conjoints à témoigner l'un contre l'autre. La common law reconnue à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* a pour principaux objectifs de préserver l'harmonie conjugale et d'éviter la répugnance naturelle à laquelle donne lieu le témoignage d'une personne contre un accusé qui est son conjoint. Bien que la politique qui sous-tend l'art. 4 puisse sembler aller à l'encontre de la recherche de la vérité, au nom de l'harmonie conjugale, elle est intégrée à une loi, la *Loi sur la preuve au Canada*, dont les dispositions en réaffirment le principe. Par conséquent, s'il y a une modification à lui apporter, il incombe clairement au législateur fédéral de s'en charger. L'utilisation du témoignage antérieur de G pour obtenir une déclaration de culpabilité contre H violerait la politique à la base de l'art. 4 et pourrait détruire un mariage par ailleurs réussi. Il en est ainsi, que le témoignage soit recueilli au procès ou qu'il soit recueilli à l'enquête préliminaire avant le mariage et déposé au procès.

attempting to introduce through a principled exception to the hearsay rule. G could not take the stand at trial. Reading in her testimony from the preliminary inquiry equates with forcing her to give testimony against her husband. This is using the so-called back door to overcome the prohibition acknowledged in s. 4 of the *Canada Evidence Act*. A principled exception to hearsay should not be used to allow the Crown to introduce lower quality evidence when they are barred by the spousal incompetence rule from introducing direct testimony from her to the same effect. This violates the law and is contrary to express legislative policy.

Cases Cited

By Lamer C.J. and Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hawkins* (1991), 52 O.A.C. 114, aff'd [1992] 3 S.C.R. 463; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *Bentley v. Cooke* (1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729; *R. v. Bissell* (1882), 1 O.R. 514; *Pedley v. Wellesley* (1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474; *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344, aff'd [1985] 2 S.C.R. 278; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Lutwak v. United States*, 344 U.S. 604 (1953); *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Snelgrove* (1906), 12 C.C.C. 189; *Cuff v. Frazee Storage & Cartage Co.* (1907), 14 O.L.R. 263; *Caufield v. The King* (1926), 48 C.C.C. 109; *R. v. Thompson*, [1982] 1 All E.R. 907; *Wright v. Doe d. Tatham* (1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R. 1108; *R. v. Beeston* (1854), Dears. 405, 169 E.R. 782; *R. v. Lee* (1864) 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468; *R. v. Hall (P.B.)*, [1973] 1 Q.B. 496; *Walkertown (Town) v. Erdman* (1894), 23 S.C.R. 352; *R. v. Scaife* (1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Clarke* (1993), 82 C.C.C. (3d) 377, aff'd (1994), 95 C.C.C. (3d) 275, leave to appeal

L'utilisation de cet élément de preuve va à l'encontre tant de la lettre que de l'esprit de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Le ministère public ne pourrait présenter par un témoignage direct la preuve qu'il tente de présenter au moyen d'une exception de principe à la règle du oui-dire. G ne pourrait pas témoigner au procès. Y déposer le témoignage qu'elle a fourni à l'enquête préliminaire équivaut à la forcer à témoigner contre son mari. C'est là agir indirectement pour déroger à l'interdiction reconnue par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il ne devrait pas être permis au ministère public, au moyen d'une exception de principe à la règle du oui-dire, de présenter une preuve de moindre qualité lorsqu'il lui est interdit, en vertu de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, de présenter le témoignage direct de ce conjoint. Une telle mesure violerait la loi et serait contraire à la politique explicite de la loi.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hawkins* (1991), 52 O.A.C. 114, conf. par [1992] 3 R.C.S. 463; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *Bentley c. Cooke* (1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729; *R. c. Bissell* (1882), 1 O.R. 514; *Pedley c. Wellesley* (1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545; *R. c. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Hoskyn c. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474; *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344, conf. par [1985] 2 R.C.S. 278; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Lutwak c. United States*, 344 U.S. 604 (1953); *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Snelgrove* (1906), 12 C.C.C. 189; *Cuff c. Frazee Storage & Cartage Co.* (1907), 14 O.L.R. 263; *Caufield c. The King* (1926), 48 C.C.C. 109; *R. c. Thompson*, [1982] 1 All E.R. 907; *Wright c. Doe d. Tatham* (1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R. 1108; *R. c. Beeston* (1854), Dears. 405, 169 E.R. 782; *R. c. Lee* (1864) 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468; *R. c. Hall (P.B.)*, [1973] 1 Q.B. 496; *Walkertown (Town) c. Erdman* (1894), 23 R.C.S. 352; *R. c. Scaife* (1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *Ohio c. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Clarke* (1993), 82 C.C.C. (3d) 377, conf. par (1994), 95 C.C.C.

refused, [1995] 3 S.C.R. vi; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By L'Heureux-Dubé J.

Not followed: *Ivey v. United States*, 344 F.2d 770 (1965); **referred to:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *United States v. Archer*, 733 F.2d 354 (1984); *R. v. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *United States v. Tsinnijinnie*, 601 F.2d 1035 (1979); *United States v. Brown*, 605 F.2d 389 (1979); *United States v. Doughty*, 460 F.2d 1360 (1972); *United States v. Cleveland*, 477 F.2d 310 (1973); *United States v. Chapman*, 866 F.2d 1326 (1989); *United States v. Donlon*, 909 F.2d 650 (1990); *Ballard v. State*, 311 S.E.2d 453 (1984); *R. v. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10; *R. v. Jean*, [1980] 1 S.C.R. 400, aff'g (1979), 7 C.R. (3d) 338; *Lloyd v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 645; *R. v. Andrew* (1986), 26 C.C.C. (3d) 111; *Rumping v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 256; *R. v. Smithies* (1832), 5 C. & P. 332, 172 E.R. 999; *R. v. Bartlett* (1837), 7 C. & P. 832, 173 E.R. 362; *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525.

By Major J. (dissenting)

R. v. Salituro, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *Ivey v. United States*, 344 F.2d 770 (1965); *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences, S.C. 1869, c. 30, s. 30.
Act further to amend The Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1906, c. 10, s. 1.
Administration of Justice Act (No. 1) (U.K.), 11 & 12 Vict., c. 42, s. 17.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 4 [am. c. 19 (3rd Supp.)], 16, 17.

(3d) 275, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 3 R.C.S. vi; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt non suivi: *Ivey c. United States*, 344 F.2d 770 (1965); **arrêts mentionnés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *United States c. Archer*, 733 F.2d 354 (1984); *R. c. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *United States c. Tsinnijinnie*, 601 F.2d 1035 (1979); *United States c. Brown*, 605 F.2d 389 (1979); *United States c. Doughty*, 460 F.2d 1360 (1972); *United States c. Cleveland*, 477 F.2d 310 (1973); *United States c. Chapman*, 866 F.2d 1326 (1989); *United States c. Donlon*, 909 F.2d 650 (1990); *Ballard c. State*, 311 S.E.2d 453 (1984); *R. c. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10; *R. c. Jean*, [1980] 1 R.C.S. 400, conf. (1979), 7 C.R. (3d) 338; *Lloyd c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 645; *R. c. Andrew* (1986), 26 C.C.C. (3d) 111; *Rumping c. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 256; *R. c. Smithies* (1832), 5 C. & P. 332, 172 E.R. 999; *R. c. Bartlett* (1837), 7 C. & P. 832, 173 E.R. 362; *R. c. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

Citée par le juge Major (dissent)

R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *Ivey c. United States*, 344 F.2d 770 (1965); *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147; *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Lois et règlements cités

Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation, S.C. 1869, ch. 30, art. 30.
Acte modifiant de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1906, ch. 10, art. 1.
Administration of Justice Act (No. 1) (R.-U.), 11 & 12 Vict., ch. 42, art. 17.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8(3), 120(a), 139(2), 465(1)(c), 691(2)(a), 715 [am. 1994, c. 44, s. 77].
Federal Rules of Evidence, Rule 804(b)(1).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4(3) [ad. SOR/84-140, Schedule, s. 1(1)].
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, s. 80.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. Study Paper No. 1. *Evidence: Competence and Compellability*. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1972.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
Cross and Tapper on Evidence, 8th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1995.
 Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.
 Louisell, David W., and Christopher B. Mueller. *Federal Evidence*. Rochester, New York: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1985.
McCormick on Evidence, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992.
 Medine, David. "The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a 'Sentimental Relic'" (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519.
Shipson on Evidence, 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Regan, Milton C. Jr. "Spousal Privilege and the Meanings of Marriage" (1995), 81 *Va. L. Rev.* 2045.
 Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 37 C.R. (4th) 229, 22 O.R. (3d) 193, 96 C.C.C. (3d) 503, 79 O.A.C. 241, allowing the Crown's appeal from the directed

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8(3), 120(a), 139(2), 465(1)(c), 691(2)(a), 715 [mod. 1994, ch. 44, art. 77].
Federal Rules of Evidence, règle 804(b)(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4 [mod. ch. 19 (3^e suppl.)], 16, 17.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 80.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, par. 4(3) [aj. DORS/84-140, Annexe, art. 1(1)].

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
 Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. Document préliminaire n° 1, *L'habilité et la contrainte à témoigner*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1972.
Cross and Tapper on Evidence, 8th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1995.
 Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Éditions Blais, 1983.
 Louisell, David W., and Christopher B. Mueller. *Federal Evidence*. Rochester, New York: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1985.
McCormick on Evidence, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992.
 Medine, David. «The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a «Sentimental Relic»» (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519.
Shipson on Evidence, 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Regan, Milton C. Jr. «Spousal Privilege and the Meanings of Marriage» (1995), 81 *Va. L. Rev.* 2045.
 Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 37 C.R. (4th) 229, 22 O.R. (3d) 193, 96 C.C.C. (3d) 503, 79 O.A.C. 241, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public

acquittals of the appellants on charges of conspiracy to obstruct justice and of the appellant Hawkins on charges of corruptly accepting money and obstruction of justice. Appeals dismissed, Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Peter B. Hambly, for the appellant Hawkins.

Harald A. Mattson, for the appellant Morin.

Catherine Cooper and *Jamie Klukach*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

contre les acquittements imposés des appelants relativement à des accusations de complot en vue d'entraver la justice et de l'appellant Hawkins relativement à des accusations d'avoir par corruption accepté de l'argent et d'avoir entravé la justice. Pourvois rejetés, les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents.

Peter B. Hambly, pour l'appellant Hawkins.

Harald A. Mattson, pour l'appellant Morin.

Catherine Cooper et *Jamie Klukach*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

¹ THE CHIEF JUSTICE AND IACOBUCCI J. — The co-appellant Kevin Roy Hawkins was a police officer with the Waterloo Regional Police Force. Pursuant to an internal investigation of Hawkins conducted in 1987-88, the Crown believed that Hawkins had provided the co-appellant Claude Morin, a former president of the Satan's Choice Motor Cycle Club, with confidential information concerning police surveillance of the Club in return for money. The key figure in the Crown's investigation was Cherie Graham, the girlfriend of Hawkins. At the time of the preliminary inquiry, the Crown called Graham as a competent and compellable witness, and Graham made a number of statements under oath and cross-examination which incriminated Hawkins. However, shortly after this appearance, Graham retained her own counsel and sought to testify again. This application was granted, and, in her subsequent testimony, Graham recanted key portions of her previous statements, offering explanations with respect to the events in question that were in direct contradiction to what she had previously told the court. Following the completion of the preliminary inquiry, and prior to trial, Graham and Hawkins were legally married.

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE IACOBUCCI — Le coappellant Kevin Roy Hawkins était un policier au service du corps de police régional de Waterloo. À la suite d'une enquête interne sur Hawkins menée en 1987 et 1988, le ministère public croyait que Hawkins avait, en contrepartie d'une somme d'argent, donné au coappellant Claude Morin, ancien président du club de motards Satan's Choice, des renseignements confidentiels au sujet d'une surveillance du club par la police. La principale témoin à l'enquête du ministère public était Cherie Graham, la petite amie de Hawkins. À l'enquête préliminaire, le ministère public a assigné Graham à titre de témoin habile à témoigner et contraignable et, au cours de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire, celle-ci a fait des déclarations sous serment qui incriminaient Hawkins. Cependant, peu de temps après avoir comparu, Graham a retenu les services d'un avocat et demandé à témoigner de nouveau. Cette demande a été accordée et, dans son témoignage subséquent, Graham a rétracté des parties importantes de ses déclarations antérieures, fournissant relativement aux événements en question des explications qui contredisaient directement ce qu'elle avait auparavant affirmé devant le tribunal. À la fin de l'enquête préliminaire et avant le procès, Graham et Hawkins se sont mariés.

The question in these appeals is whether the Crown should have been able to compel Graham to testify at trial, and if not, whether the Crown should have been able to read her preliminary inquiry testimony into evidence at trial. The trial judge found that Graham was not competent for the Crown, owing to the common law rule of spousal incompetence. The majority of the Court of Appeal agreed that the witness was not competent for the Crown, but held that the evidence could have been admitted pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, or under the principled exception to the hearsay rule as developed in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. The minority would have admitted the evidence through a modification of the common law rule of spousal incompetence, such that a spouse would only be incompetent if married to the accused person at the time of the charge.

In our view, the circumstances of this case do not warrant modifying the common law rule of spousal incompetence. Both the trial judge and the Court of Appeal were correct in holding that Graham was not a competent witness for the Crown at the trial, as she had entered into a valid and genuine marriage with the co-appellant Hawkins. The Court of Appeal was incorrect in concluding that the testimony of Graham before the inquiry could be read into evidence pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*. However, in our opinion, the Court of Appeal was correct in concluding that the testimony could be admitted for the truth of its contents through a principled exception to the hearsay rule at common law. The statements of Graham before the preliminary inquiry satisfy the requirements of necessity and reliability under the *Khan*, *Smith* and *B. (K.G.)* framework. While the trial judge enjoyed a residual discretion to exclude her prior statements, we are not persuaded that the risk of prejudice to Hawkins and Morin outweighs the probative value of the statements. The Crown was entitled to put these statements to the trier of fact, subject to appropriate considerations and

La question soulevée dans les présents pourvois est de savoir si le ministère public pouvait assigner Graham à témoigner au procès et, dans la négative, si le ministère public aurait dû être autorisé à lire à titre de preuve, au procès, le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire. Le juge du procès a conclu que Graham n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant en raison de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. La Cour d'appel à la majorité a reconnu que Graham n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant, mais a statué que son témoignage aurait pu être admis conformément à l'art. 715 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou en vertu de l'exception de principe à la règle du ouï-dire élaborée dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Le juge minoritaire aurait admis la preuve par une modification de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner, de sorte qu'un conjoint ne serait inhabile à témoigner que s'il était marié à la personne accusée au moment de l'accusation.

À notre avis, les circonstances en l'espèce ne justifient pas la modification de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Le juge du procès et la Cour d'appel ont eu raison de conclure que Graham n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant au procès puisqu'elle avait contracté avec le coappellant Hawkins un mariage valide et authentique. La Cour d'appel a eu tort de conclure que le témoignage de Graham à l'enquête pouvait être lu à titre de preuve conformément à l'art. 715 du *Code criminel*. Cependant, à notre avis, la Cour d'appel a eu raison de conclure que le témoignage pouvait être admis comme preuve de la véracité de son contenu par application d'une exception de principe à la règle du ouï-dire reconnue en common law. Les déclarations de Graham à l'enquête préliminaire satisfont aux exigences de nécessité et de fiabilité formulées dans les arrêts *Khan*, *Smith* et *B. (K.G.)*. Le juge du procès bénéficiait d'un pouvoir discrétionnaire résiduel pour écarter les déclarations antérieures de Graham, mais nous ne sommes pas convaincus que le risque de préjudice pour Hawkins et Morin l'emporte sur la valeur probante des déclarations.

instructions relating to weight. Accordingly, we would dismiss the appeals and affirm the order of a new trial.

I. Factual and Procedural Background

4 During the early 1980s, the co-appellant Constable Kevin Roy Hawkins was assigned responsibility for gathering intelligence on the activities of motorcycle clubs, in particular the Satan's Choice Motor Cycle Club, operating within the Kitchener-Waterloo area. At the time, the co-appellant Claude Morin was the president of the Satan's Choice Club in Kitchener. Pursuant to an internal police investigation of Hawkins, the Crown believed that Hawkins had provided Morin with confidential information relating to on-going police surveillance of the Club's alleged trafficking activities, and that Hawkins had received a \$5,000 bribe from Morin in exchange for his assistance. The cornerstone of the investigation was the information provided by Cherie Graham.

5 Cherie Graham was a dancer at the Breslau Hotel in Kitchener. Hawkins met Graham at the hotel in March 1984. Hawkins was married at the time, but he soon left his wife and moved in with Graham. In the ensuing years, the two embarked on several joint financial ventures, including the management of a donut shop and the purchase and sale of a number of houses.

6 The relationship, however, was stormy and volatile and was marked by a series of separations and reconciliations. In March 1987, Graham confided in two friends (who were police officers) that Hawkins was physically abusive towards her. She also told them that Hawkins had engaged in questionable dealings with Morin. On the basis of this information, the police opened an investigation into Hawkins.

7 On June 22, 1987, in response to further threats from Hawkins, Graham formally contacted the police and was interviewed by Sgt. Doug Lawrence. During this taped conversation, Graham

Le ministère public avait le droit de présenter ces déclarations au juge des faits, sous réserve de considérations et de directives appropriées relativement à leur valeur. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

I. Les faits et la procédure

Au début des années 80, on avait confié au coappelant, l'agent Kevin Roy Hawkins, la tâche de recueillir des renseignements sur les activités de clubs de motards, tout particulièrement de celles du club Satan's Choice, qui opéraient dans la région de Kitchener-Waterloo. À l'époque, le coappelant Claude Morin était le président du club à Kitchener. À l'issue d'une enquête interne sur Hawkins, le ministère public croyait que Hawkins avait fourni à Morin des renseignements confidentiels au sujet d'une surveillance exercée par la police sur les activités de trafic qui auraient eu lieu au club, et que Hawkins avait reçu de Morin un pot-de-vin de 5 000 \$ pour son aide. Les renseignements fournis par Cherie Graham constituaient la pierre angulaire de l'enquête.

Cherie Graham était une danseuse à l'hôtel Breslau de Kitchener. Hawkins l'a rencontrée à cet hôtel en mars 1984. Il était marié à l'époque, mais il a bientôt quitté son épouse pour emménager avec Graham. Dans les années qui ont suivi, le couple s'est lancé dans plusieurs entreprises financières conjointes, dont la gestion d'une beignerie et l'achat et la vente de maisons.

Cependant, la relation du couple était tumultueuse et explosive et a été marquée par une série de séparations et de reconciliations. En mars 1987, Graham a confié à deux amis (des policiers) que Hawkins l'agressait physiquement. Elle leur a aussi dit que Hawkins avait des rapports louches avec Morin. Sur le fondement de ces renseignements, la police a commencé à enquêter sur Hawkins.

Le 22 juin 1987, à la suite d'autres menaces reçues de Hawkins, Graham a officiellement communiqué avec la police et elle a été interrogée par le sergent Doug Lawrence. Pendant la conversa-

disclosed more details of her boyfriend's involvement with Morin. More specifically, she stated that Hawkins had received \$5,000 from Morin in exchange for information relating to on-going police investigations, and that Hawkins was expecting to receive a further \$7,000 to \$10,000 from a planned drug transaction. On November 28, 1987, Graham met with Sergeant Lawrence again. During that brief conversation (also taped), Graham generally confirmed her previous statements. She also said that Hawkins had become increasingly suspicious of her, and that she feared for her safety.

On November 29 and 30, Hawkins spoke with Inspector J. MacDonald on the telephone. He asked the inspector whether marriage to Graham would render her non-compellable. A week later, Hawkins made similar inquiries to Staff Sergeant Koniuch and the two men concluded that spouses were competent but not compellable to testify against one another. Hawkins then said to Koniuch: "I guess I'm going to have to marry her".

On January 29, 1988, Hawkins and Morin were jointly charged with conspiracy to obstruct justice under ss. 465(1)(c) and 139(2) of the *Criminal Code*. Hawkins was also charged with having corruptly accepted money and obstruction of justice under ss. 120(a) and 139(2) of the *Code*. Over the following months, Graham and Hawkins stayed in contact and met to discuss the possibility of marriage as a means of preventing Graham's testifying at trial.

At the end of March, Hawkins, his lawyer and Graham met to discuss the effects of marriage upon Graham's competence and compellability for the Crown. On June 16, 1988, Hawkins spoke to Constable Stuebing about marrying Graham so that she would be incompetent for the Crown.

tion enregistrée, Graham a divulgué d'autres détails au sujet des rapports entre Hawkins et Morin. Plus particulièrement, elle a mentionné que Hawkins avait reçu de Morin une somme de 5 000 \$ en échange de renseignements concernant les enquêtes policières en cours et que Hawkins s'attendait à recevoir une autre somme de 7 000 \$ à 10 000 \$ relativement à une opération de drogue prévue. Le 28 novembre 1987, Graham a de nouveau rencontré le sergent Lawrence. Au cours de la brève conversation (également enregistrée) qu'ils ont eue, Graham a dans l'ensemble confirmé ses déclarations antérieures. Elle a aussi dit que Hawkins avait de plus de soupçons à son égard et qu'elle craignait pour sa sécurité.

Les 29 et 30 novembre, Hawkins a parlé à l'inspecteur J. MacDonald au téléphone. Il lui a demandé si Graham deviendrait un témoin non contraignable s'il l'épousait. Une semaine plus tard, Hawkins a fait une demande similaire au sergent d'état-major Koniuch et les deux hommes ont conclu que les conjoints étaient des témoins habiles à témoigner, mais non contraignables pour témoigner l'un contre l'autre. Hawkins a alors dit à Koniuch: [TRADUCTION] «Je crois bien que je vais devoir l'épouser».

Le 29 janvier 1988, Hawkins et Morin ont été accusés conjointement de complot en vue d'entraver la justice, en contravention de l'al. 465(1)c) et du par. 139(2) du *Code criminel*. Hawkins a également été accusé d'avoir par corruption accepté de l'argent et d'avoir entravé la justice en contravention de l'al. 120a) et du par. 139(2) du *Code*. Au cours des mois qui ont suivi, Graham et Hawkins sont demeurés en contact et se sont rencontrés pour examiner la possibilité de se marier comme moyen d'empêcher Graham de témoigner au procès.

À la fin de mars, Hawkins, son avocat et Graham se sont rencontrés pour examiner les effets du mariage sur l'habilité à témoigner et la contraignabilité de Graham pour le poursuivant. Le 16 juin 1988, Hawkins a parlé à l'agent Stuebing d'une possibilité d'épouser Graham pour qu'elle devienne inhabile à témoigner pour le poursuivant.

8

9

10

11 In July 1988, Graham left Hawkins to enter the witness protection program.

En juillet 1988, Graham a rompu avec Hawkins pour participer au programme de protection des témoins.

12 A preliminary inquiry was convened on September 7 and 8, 1988. The Crown called Graham as a competent and compellable witness. Under oath, Graham described her abusive relationship with Hawkins, and repeated the contents of her two conversations with Sergeant Lawrence. In particular, she testified that Hawkins and Morin were friends. Morin would frequently call Hawkins at home during the evenings, and Hawkins would then go and meet Morin. Graham stated that one night Hawkins came home with an envelope containing \$5,000 which he told her Morin had given him in exchange for information in relation to police surveillance. She stated that Hawkins told her that he was expecting to receive another \$7,000 to \$10,000 from Morin in relation to a narcotic transaction, but the transaction ultimately fell through. Graham further testified that Hawkins had brought photographs of bikers and copies of police files on individual bikers to their home which he later gave to Morin. Finally, she acknowledged that she and Hawkins had previously discussed marriage as a means of avoiding her appearance before the court. Graham's testimony was subject to cross-examination by four defence counsel (counsel for the two appellants, as well as counsel for two other accused), but she stood by the substance of her statements. Her testimony was transcribed, but it was not completely recorded on audiotapes.

Une enquête préliminaire a été convoquée pour les 7 et 8 septembre 1988. Le ministère public a assigné Graham comme témoin habile à témoigner et contraignable. Sous serment, Graham a décrit la relation violente qu'elle avait avec Hawkins, et a répété le contenu des deux conversations qu'elle avait eues avec le sergent Lawrence. Elle a tout particulièrement témoigné que Hawkins et Morin étaient des amis. Morin appelait fréquemment Hawkins à la maison pendant la soirée et Hawkins sortait pour aller le rencontrer. Graham a affirmé qu'un soir Hawkins est revenu à la maison avec une enveloppe contenant 5 000 \$. Il lui a dit que cette somme lui avait été remise par Morin en contrepartie de renseignements concernant la surveillance policière. Elle a affirmé que Hawkins lui avait dit qu'il s'attendait à recevoir de Morin une autre somme de 7 000 \$ à 10 000 \$ relativement à une opération de stupéfiants, mais que cette opération n'avait finalement pas eu lieu. Graham a également témoigné que Hawkins avait apporté à la maison des photographies de motards ainsi que des dossiers de police sur des motards particuliers, et qu'il les avait remis à Morin. Enfin, elle a reconnu avoir déjà examiné avec Hawkins la possibilité de se marier comme moyen d'empêcher sa comparution devant le tribunal. Graham a été contre-interrogée par quatre avocats de la défense (les avocats des deux appelants et les avocats de deux autres accusés), et elle a maintenu le fond de ses déclarations. Son témoignage a été transcrit, mais il n'a pas été complètement enregistré sur bandes sonores.

13 On October 3, 1988, Graham retained independent counsel and asked the court to be recalled as a witness. The judge granted her request over the Crown's objection, and a continuation of the inquiry was scheduled for January 19, 1989, and February 20, 1989. In the intervening period, Graham removed herself from the witness protection program and reconciled with Hawkins. The couple purchased a house together, but Hawkins continued to live in a separate apartment. A judi-

Le 3 octobre 1988, Graham a retenu les services d'un avocat indépendant et a demandé au tribunal d'être de nouveau assignée comme témoin. Le juge a accédé à la demande malgré l'objection du ministère public, et l'enquête s'est poursuivie le 19 janvier et le 20 février 1989. Entre-temps, Graham a abandonné le programme de protection des témoins et s'est réconciliée avec Hawkins. Le couple a acheté une maison ensemble, mais Hawkins a continué de vivre dans un appartement séparé. En

cial order was issued in December prohibiting Hawkins from communicating with Graham, but it appears that she nonetheless continued to communicate with Hawkins.

In her second appearance before the inquiry, Graham recanted most of her earlier testimony with respect to Hawkins' alleged corrupt dealings with Morin. She explained that most of her previous testimony, as well as her earlier recorded conversations with Sergeant Lawrence, had been coached by the police. She did not retract her previous statements in relation to her fear of Hawkins, his threats of abuse and violence, his threats to her life, his friendly connections with Morin, or her discussions with Hawkins on marriage as a means for preventing her from testifying at trial.

Hawkins and Morin were committed to stand trial on March 21, 1989. One week later, Hawkins and Graham obtained a marriage licence, and, on March 31, 1989, they were married. At the date of this Court's hearing, the couple remained married.

II. Relevant Statutory Provisions

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

715. (1) Where, at the trial of an accused, a person whose evidence was given at a previous trial on the same charge, or whose evidence was taken in the investigation of the charge against the accused or on the preliminary inquiry into the charge, refuses to be sworn or to give evidence, or if facts are proved on oath from which it can be inferred reasonably that the person

- (a) is dead,
- (b) has since become and is insane,
- (c) is so ill that he is unable to travel or testify, or
- (d) is absent from Canada,

and where it is proved that the evidence was taken in the presence of the accused, it may be read as evidence in the proceedings without further proof, unless the

décembre, un tribunal a rendu une ordonnance interdisant à Hawkins de communiquer avec Graham, mais il semble qu'elle ait néanmoins continué de communiquer avec Hawkins.

Lors de sa deuxième comparution à l'enquête préliminaire, Graham a rétracté la majeure partie de son témoignage antérieur relativement aux manœuvres frauduleuses que Hawkins aurait fomentées avec Morin. Elle a expliqué que la police l'avait préparée pour la majeure partie de son témoignage antérieur et pour les conversations enregistrées qu'elle avait eues avec le sergent Lawrence. Elle n'a pas rétracté ses déclarations antérieures sur la crainte qu'elle avait de Hawkins, sur les menaces d'agression, de violence et de mort qu'il avait proférées à son endroit, sur ses rapports d'amitié avec Morin ni sur les discussions qu'elle avait eues avec Hawkins selon lesquelles le mariage constituait un moyen de l'empêcher de témoigner au procès.

Hawkins et Morin ont été renvoyés à procès le 21 mars 1989. Une semaine plus tard, Hawkins et Graham ont obtenu une licence de mariage et ils se sont mariés le 31 mars 1989. À la date de l'audition devant notre Cour, le couple était toujours marié.

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

715. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a témoigné au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a témoigné au cours d'un examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de témoigner, ou si sont établis sous serment des faits dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne, selon le cas:

- a) est décédée;
- b) est depuis devenue aliénée et est aliénée;
- c) est trop malade pour voyager ou pour témoigner;
- d) est absente du Canada,

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve, à moins

14

15

16

accused proves that the accused did not have full opportunity to cross-examine the witness.

B. *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

(2) The wife or husband of a person charged with an offence against subsection 50(1) of the *Young Offenders Act* or with an offence against any of sections 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or sections 170 to 173, 179, 212, 215, 218, 271 to 273, 280 to 283, 291 to 294 or 329 of the *Criminal Code*, or an attempt to commit any such offence, is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(3) No husband is compellable to disclose any communication made to him by his wife during their marriage, and no wife is compellable to disclose any communication made to her by her husband during their marriage.

(4) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 or 269 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(5) Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

III. Judgments Below

A. *Ontario District Court — Motion*

In a pre-trial motion before LeSage Dist. Ct. J. (as he then was), the Crown sought a declaration that Graham was a competent and compellable witness for the Crown. The Crown argued that the

que l'accusé n'établisse qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

B. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

(2) Le conjoint d'une personne accusée soit d'une infraction visée au paragraphe 50(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou à l'un des articles 151, 152, 153, 155 ou 159, des paragraphes 160(2) ou (3) ou des articles 170 à 173, 179, 212, 215, 218, 271 à 273, 280 à 283, 291 à 294 ou 329 du *Code criminel*, soit de la tentative d'une telle infraction, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(3) Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant leur mariage.

(4) Le conjoint d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 ou 269 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgé de moins de quatorze ans, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(5) Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

III. Les juridictions inférieures

A. *La Cour de district de l'Ontario — Requête*

Dans une requête préliminaire entendue par le juge LeSage (maintenant juge en chef adjoint de la Cour de l'Ontario), le ministère public a cherché à faire déclarer que Graham était un témoin habile à

marriage was a “sham” entered into for the sole purpose of preventing Graham from being called as a prosecution witness at trial. Alternatively, the Crown argued that Graham’s prior testimony before the preliminary inquiry was admissible under s. 715 of the *Code*.

On July 27, 1990, LeSage Dist. Ct. J. denied the motion. He concluded that the marriage was “valid and legitimate”, and did not represent a “sham”. As well, he held that s. 715 could not be used to circumvent the common law rule of spousal incompetence. Upon a further motion by the appellants, on December 24, 1990, LeSage J. stayed the prosecution on grounds of unreasonable delay. However, the Ontario Court of Appeal subsequently set aside the stay and remitted the matter to the General Division for trial: (1991), 52 O.A.C. 114, aff’d [1992] 3 S.C.R. 463.

B. Ontario Court (General Division) — Trial

At the outset of the trial, a new motion was brought before Philp J. to have Graham declared a competent and compellable witness for the Crown. While the Crown abandoned its original position, conceding that the marriage was genuine, it now contended that, since one of the purposes of the marriage was to frustrate the administration of justice, the traditional common law rule should not be allowed to operate. In support of its position, the Crown relied on Hawkins’ inquiries to his fellow officers, and Graham’s admission before the preliminary inquiry that the couple had discussed marriage as a means of avoiding her appearance at trial. The Crown also continued to argue that even if Graham was not competent and compellable, her original testimony before the preliminary inquiry ought to be admitted under s. 715 of the *Code*, or under a principled exception to the hearsay rule.

témoigner et contraignable pour le poursuivant. Le ministère public a dit que le mariage était une [TRADUCTION] «façade» et visait seulement à faire en sorte que Graham ne puisse être assignée comme témoin à charge au procès. Subsidiairement, le ministère public a affirmé que le témoignage antérieur de Graham à l’enquête préliminaire était admissible en vertu de l’art. 715 du *Code*.

Le 27 juillet 1990, le juge LeSage a rejeté la requête. Il a conclu que le mariage était [TRADUCTION] «valable et légitime» et n’était pas une «façade». Par ailleurs, il a statué que l’art. 715 ne pouvait être utilisé pour contourner la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Relativement à une autre requête déposée par les appelants, le juge LeSage a, le 24 décembre 1990, ordonné un arrêt des procédures sur le fondement d’un délai déraisonnable. Cependant, la Cour d’appel de l’Ontario a ultérieurement annulé cet arrêt des procédures et renvoyé l’affaire à la Division générale pour audition: (1991), 52 O.A.C. 114; conf. par [1992] 3 R.C.S. 463.

B. La Cour de l’Ontario (Division générale) — Le procès

Au début du procès, le juge Philp a entendu une nouvelle requête visant à faire déclarer Graham témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant. Bien que le ministère public ait abandonné sa position initiale et reconnu que le mariage était authentique, il soutenait que la règle traditionnelle de common law ne devrait pas s’appliquer puisque l’une des fins du mariage était de faire obstacle à l’administration de la justice. À l’appui de sa position, le ministère public se fondait sur les renseignements que Hawkins avait demandés à ses collègues et sur l’admission par Graham à l’enquête préliminaire que le couple avait discuté du mariage comme moyen d’empêcher sa comparution au procès. Le ministère public a aussi continué d’affirmer que, même si Graham n’était pas un témoin habile et contraignable, le témoignage qu’elle a fourni à l’enquête préliminaire devrait être admis en vertu de l’art. 715 du *Code*, ou en vertu d’une exception de principe à la règle du ouï-dire.

18

19

20 Philp J. denied the motion. He found that Graham was not a competent or compellable witness for the Crown. He acknowledged the incremental change to the common law rule made by this Court in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, but declined to create a new exception to the rule where the accused has entered into a “marriage of convenience”. He concluded that such an exception would be contrary to the very purpose of spousal incompetence, which is “to preserve marital harmony and also to prevent the natural repugnancy that results in a spouse testifying against his or her accused spouse”.

21 Philp J. further found that Graham’s preliminary inquiry testimony could not be admitted under s. 715 of the *Code*. In his view, the spousal incompetency of Graham did not amount to a refusal to give evidence, as required by the section. In the alternative, Philp J. found that admitting the evidence would operate unfairly against Hawkins. Therefore, he chose to exercise his discretion, which is preserved by s. 715, to exclude evidence which would unduly prejudice the accused. The prejudice would arise from the difficulty facing the trier of fact in judging the truthfulness of Graham’s statements from written transcripts or from the playing of audio tapes. Philp J. also found that it would be unfair to permit the Crown to read Graham’s preliminary inquiry testimony into evidence when it was barred from admitting the same evidence through direct testimony.

22 Finally, Philp J. held that Graham’s prior testimony could not be admitted under a principled exception to the hearsay rule pursuant to *Khan*, *Smith*, and *B. (K.G.)*. The trial judge was satisfied that the requirement of necessity was met, but he was not persuaded that the prior testimony before the inquiry was sufficiently reliable. He was particularly troubled by the fact that the jury would not have the opportunity to observe the demeanour and expressions of Graham in the witness box. Furthermore, he underscored the contradictory nature of her successive statements, and the numerous exter-

Le juge Philp a rejeté la requête. À son avis, Graham n’était ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant. Il a reconnu le changement progressif que notre Cour avait apporté à la règle de common law dans l’arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, mais il a refusé de créer une nouvelle exception à cette règle dans un cas où l’accusé avait contracté un [TRADUCTION] «mariage de convenance». Il a conclu qu’une telle exception serait contraire à l’objet même de l’incapacité à témoigner du conjoint, qui est [TRADUCTION] «de préserver l’harmonie conjugale et d’empêcher la répugnance naturelle qu’éprouve une personne à témoigner contre un accusé qui est son conjoint».

Le juge Philp a aussi conclu que le témoignage de Graham à l’enquête préliminaire ne pouvait être admis en vertu de l’art. 715 du *Code*. À son avis, l’incapacité à témoigner du conjoint applicable à Graham n’équivalait pas à un refus de témoigner, comme l’exige la disposition en question. Subsidièrement, il a affirmé que l’admission du témoignage serait inéquitable pour Hawkins. Il a par conséquent décidé d’exercer le pouvoir discrétionnaire, maintenu par l’art. 715, d’exclure la preuve qui pourrait causer un préjudice indu à l’accusé. Le préjudice résulterait du fait qu’il serait difficile pour le juge des faits de juger de la véracité des déclarations de Graham à partir de transcriptions écrites ou de l’écoute de bandes sonores. Le juge Philp a également statué qu’il serait inéquitable de permettre au ministère public de lire à titre de preuve le témoignage recueilli à l’enquête préliminaire alors que ce témoignage ne pourrait être admis s’il était déposé directement.

Enfin, le juge Philp a statué que le témoignage antérieur de Graham ne pouvait être admis en application d’une exception de principe à la règle du oui-dire, conformément aux arrêts *Khan*, *Smith* et *B. (K.G.)*. Le juge du procès était convaincu qu’il avait été satisfait à l’exigence de nécessité, mais il n’était pas persuadé que le témoignage antérieur recueilli à l’enquête préliminaire était suffisamment fiable. Il était tout particulièrement troublé par le fait que le jury n’aurait pas eu l’occasion d’observer le comportement et l’expression de Graham à la barre. Par ailleurs, il a fait ressortir

nal influences which may have permanently contaminated her testimony. As he explained:

... because of the events leading up to the giving of the two versions, the involvement of the police, the involvement of Mr. Hawkins, and the many threats made against Ms. Graham, the beatings to which she was subjected and the promises apparently held out to her by the police, as well as the apparent influence the police had on her in obtaining the statements, and then the subsequent testimony in September which was given while she was under the witness protection programme, then the subsequent January recantation after having spent some time back with her husband, I cannot find the necessary ingredient of reliability necessary to allow her prior evidence to be read into this trial.

He noted that, even if the statements satisfied the requirements of reliability and necessity, they should nonetheless be excluded because the risk of prejudice outweighed the probative value of the evidence. Furthermore, the creation of a principled exception in this instance would undermine the purpose of the common law rule of spousal incompetency and endanger the harmony of the accused's marriage.

Following the ruling on the motion, the Crown decided that it would not offer any evidence in support of a conviction. Accordingly, the jury rendered directed acquittals of the two appellants on May 25, 1993.

C. *Ontario Court of Appeal* (1995), 37 C.R. (4th) 229

1. Arbour J.A. (Galligan J.A. concurring)

On February 28, 1995, a majority of the Ontario Court of Appeal allowed the appeal. Arbour J.A. found that Graham was incompetent and uncommunicable to testify against Hawkins, as the marriage between Graham and Hawkins was still in existence. In her view, so long as the marriage is not fraudulent or a sham, marital partners are entitled to the full legal benefits which the union entails.

la nature contradictoire de ses déclarations successives, ainsi que les nombreuses influences extérieures qui ont peut-être contaminé à jamais son témoignage. Il a affirmé:

[TRADUCTION] ... en raison des événements qui ont abouti à la formulation des deux versions des faits, soit le rôle de la police, celui de M. Hawkins, les nombreuses menaces proférées contre M^{me} Graham, les raclées dont elle a été victime, les promesses que lui aurait apparemment faites la police, le rôle apparent de la police dans l'obtention des déclarations et du témoignage subséquent de Graham au cours du mois de septembre pendant qu'elle bénéficiait du programme de protection des témoins, et la rétractation subséquente qu'elle a faite en janvier après avoir passé un certain temps avec son époux, je ne puis conclure à l'existence de l'élément de fiabilité nécessaire pour que son témoignage antérieur puisse être lu à titre de preuve au procès.

Il a affirmé que les déclarations, même si elles répondaient aux exigences de fiabilité et de nécessité, devraient néanmoins être écartées parce que le risque de préjudice l'emportait sur la valeur probante du témoignage. De plus, à son avis, la création en l'espèce d'une exception de principe irait à l'encontre de l'objet de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner et compromettrait l'harmonie du mariage de l'accusé.

Après le jugement sur la requête, le ministère public a décidé de ne pas présenter de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. Le 25 mai 1993, le jury a donc rendu des verdicts imposés d'acquiescement relativement aux deux appelants.

C. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 37 C.R. (4th) 229

1. Le juge Arbour (avec l'appui du juge Galligan)

Le 28 février 1995, la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a accueilli l'appel. Le juge Arbour a conclu que Graham était un témoin inhabile à témoigner et non contraignable contre Hawkins, puisque leur mariage existait toujours. À son avis, dans la mesure où le mariage n'était ni frauduleux ni une façade, les conjoints mariés ont droit à tous les avantages juridiques que comporte l'union. Elle

She rejected the Crown's invitation to create an exception to the common law rule.

25 However, Arbour J.A. found that Graham's previous testimony before the preliminary inquiry could be admitted under s. 715 of the *Code*. She was of the view that Graham's decision to wed Hawkins was equivalent to a "refusal to testify", as "[Graham] deliberately put herself beyond the reach of the court" (p. 242). Unlike the trial judge, Arbour J.A. was satisfied that the admission of the statements under s. 715 would not result in unfairness to the accused. She did not believe that it would be unfair for the jury to weigh the contradictory statements without an opportunity to witness Graham's demeanour in the stand. Furthermore, the admission of such statements through s. 715 would not indirectly circumvent the purpose of the spousal incompetency rule. As she explained (at pp. 243-44), "Cherie Graham cannot be called by the Crown to give evidence. It does not follow, however, that her evidence is inadmissible if it can be put before the court by some other means".

26 Alternatively, Arbour J.A. was persuaded that the statements could be admitted under a principled exception to the hearsay rule pursuant to *Khan, Smith, and B. (K.G.)*. The dual criteria of necessity and reliability were both satisfied in this instance. She agreed that it was reasonably necessary to admit the hearsay evidence of Graham, because of her unavailability for trial. With regard to reliability, while there were serious contradictions in Graham's testimony, Arbour J.A. stressed that "when reliability is used as a condition of admissibility of hearsay evidence, it must not be confused with the ultimate reliability or truth of the hearsay statement" (p. 245). Rather, the examination of reliability must focus on circumstantial guarantees of trustworthiness, in particular, the opportunity of contemporaneous cross-examination, the administration of an oath, and the presence of the declarant in court. While the admission of Graham's previous testimony would lack the third circumstantial guarantee of trustworthiness,

a rejeté l'invitation du ministère public de créer une exception à la règle de common law.

Cependant, le juge Arbour a déterminé que le témoignage antérieur de Graham à l'enquête préliminaire pouvait être admis en vertu de l'art. 715 du *Code*. Elle était d'avis que la décision de Graham d'épouser Hawkins équivalait à un [TRADUCTION] «refus de témoigner», puisque «[Graham] s'est délibérément mise hors de portée du tribunal» (p. 242). Contrairement au juge du procès, le juge Arbour était convaincue que l'admission des déclarations en vertu de l'art. 715 ne serait pas inéquitable pour l'accusé. Selon elle, il n'était pas inéquitable pour le jury d'examiner les déclarations contradictoires même s'il n'avait pas eu l'occasion d'observer le comportement de Graham à la barre. Par ailleurs, l'admission de ces déclarations en application de l'art. 715 n'aurait pas pour effet de contrevenir indirectement à l'objet de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Comme elle l'explique (aux pp. 243 et 244): [TRADUCTION] «Cherie Graham ne peut être assignée à témoigner par le ministère public. Cependant, il ne s'ensuit pas que son témoignage est inadmissible s'il peut être présenté au tribunal par un autre moyen».

Subsidiairement, le juge Arbour était convaincue que les déclarations pouvaient être admises en vertu d'une exception de principe à la règle de l'ouï-dire conformément aux arrêts *Khan, Smith, et B. (K.G.)*. Il a été satisfait en l'espèce au double critère de la nécessité et de la fiabilité. Le juge a reconnu qu'il était raisonnablement nécessaire d'admettre la preuve par ouï-dire de Graham parce qu'elle ne pouvait pas témoigner au procès. Pour ce qui est de la fiabilité, en dépit des graves contradictions dans le témoignage de Graham, le juge Arbour a fait ressortir que, [TRADUCTION] «lorsque la fiabilité est utilisée comme une condition de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, ce critère ne doit pas être confondu avec la fiabilité ou la véracité ultimes de la déclaration relatée» (p. 245). L'examen de la fiabilité doit plutôt mettre l'accent sur les garanties circonstancielles de fiabilité, tout particulièrement, la possibilité de contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration, l'assermentation et la présence de l'auteur de la déclara-

Arbour J.A. nonetheless concluded that the statements were sufficiently reliable (at pp. 249-50):

The evidence which [the Crown] sought to have admitted in this case was an accurately recorded sworn statement which was fully cross-examined in the presence of the respondents by their counsel. I do not wish to overstate the importance of actual cross-examination. A mere opportunity to cross-examine may suffice to render the statement admissible, as is the case under s. 715 of the Code. In this case, a full cross-examination did take place. Thus, the only possible hearsay danger that would stand in the way of admissibility is what was referred to in *K.G.B.* as "presence". Considering the circumstantial guarantees of trustworthiness offered by the oath and cross-examination, that single factor is insufficient, in my opinion, to provide a principled basis upon which to bar the admissibility of Cherie Graham's evidence. Had she died, become ill, left the country, or had she stated in court that she refused to testify, the Crown would have been entitled to introduce her evidence given at the preliminary inquiry without having to show that it was "reliable". I can find nothing in the principles upon which the hearsay rule is based which commands a different result in this case. [Emphasis added.]

She rejected the claim that the admission of such evidence under a principled exception would operate unfairly against the accused, maintaining that, if Hawkins needed to, he could always call Graham as a witness (at p. 250):

I find the proposition that an accused is being treated unfairly by being deprived an opportunity to cross-examine the evidence of a witness that only he can call to be untenable.

Thus, subject to proper instructions to the jury, Arbour J.A. would have permitted Graham's testimony to be read into evidence at trial.

tion devant le tribunal. Bien que l'admission du témoignage antérieur de Graham ne réponde pas à la troisième garantie circonstancielle de fiabilité, le juge Arbour a néanmoins conclu que les déclarations étaient suffisamment fiables (aux pp. 249 et 250):

[TRADUCTION] La preuve que [le ministère public] a cherché à faire admettre en l'espèce était une déclaration sous serment fidèlement enregistrée, qui a donné lieu au contre-interrogatoire voulu par les avocats des intimés en présence de ces derniers. Je ne veux pas exagérer l'importance du contre-interrogatoire. Une simple possibilité de contre-interrogatoire peut suffire à rendre la déclaration admissible, comme c'est le cas en vertu de l'art. 715 du Code. Il y a eu en l'espèce un contre-interrogatoire complet. En conséquence, le seul danger possible du ouï-dire qui empêcherait l'admissibilité d'une déclaration est ce que l'on a appelé la «présence du témoin» dans l'arrêt *B. (K.G.)*. Vu les garanties circonstancielles de fiabilité d'une déclaration qui a été faite sous serment et a donné lieu à un contre-interrogatoire, ce facteur seul ne suffit pas, à mon avis, à offrir un principe sur le fondement duquel pourrait être écartée l'admissibilité du témoignage de Cherie Graham. Si elle était décédée, était devenue malade, avait quitté le pays ou avait déclaré en cour qu'elle aurait refusé de témoigner, le ministère public aurait eu le droit de présenter le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire sans avoir à en démontrer la «fiabilité». À mon avis, il n'y a rien dans les principes sur lesquels se fonde la règle du ouï-dire, qui commande un résultat différent en l'espèce. [Je souligne.]

Elle a rejeté l'argument selon lequel l'admission de ce témoignage en vertu d'une exception de principe serait inéquitable pour l'accusé, déclarant que Hawkins pouvait toujours, au besoin, assigner Graham à témoigner (à la p. 250):

[TRADUCTION] À mon avis, on ne peut défendre l'argument selon lequel un accusé est traité inéquitablement s'il est privé d'une occasion de contre-interroger un témoin que lui seul peut assigner.

En conséquence, sous réserve de directives appropriées au jury, le juge Arbour aurait permis que le témoignage de Graham soit lu à titre de preuve au procès.

2. Weiler J.A. (concurring in the result)

28 Weiler J.A. would have similarly allowed the appeal, but for different reasons. She first considered s. 4 of the *Canada Evidence Act*, and noted that it does not ratify the common law rule of spousal incompetence, but rather, presumes its existence and restricts its application in the circumstances described in subss. (2) and (4). Section 4(5) allows a spouse to be called as a witness without the consent of the other spouse where the common law permits an exception to the rule of spousal incompetence. These common law exceptions, as stated in *Salituro, supra*, are not static, but evolve over time.

29 Weiler J.A. identified two conflicting values at stake: the public interest in a fair trial and the preservation of marital harmony. Because she rejected the submission that Graham's evidence could be admitted pursuant to s. 715, she found that the only way to ensure a fair trial was to make Graham a competent and compellable witness for the Crown. This required a modification of the common law rule of spousal incompetence.

30 According to Weiler J.A., the timing of a marriage is a relevant consideration in the application of the competency rule. She referred to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, which says:

Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

In her view, a plain reading of this section indicates that the rule of spousal incompetency should only apply to persons who were married at the time the spouse was charged. Since Hawkins married Graham following the indictment, Weiler J.A. found that the Crown could compel Graham to testify.

2. Le juge Weiler (motifs concordants quant au résultat)

Le juge Weiler aurait aussi accueilli l'appel, mais pour des motifs différents. Elle a tout d'abord examiné l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et a fait ressortir qu'il ne ratifiait pas la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner, mais qu'il présume plutôt de son existence et en restreint l'application aux circonstances décrites aux par. (2) et (4). Le paragraphe 4(5) permet à un conjoint d'être appelé à témoigner sans le consentement de l'autre conjoint dans le cas où la common law permet une exception à la règle de l'inhabilité à témoigner d'un conjoint. Comme notre Cour le mentionne dans l'arrêt *Salituro*, précité, ces exceptions reconnues en common law ne sont pas statiques, mais évoluent avec le temps.

Le juge Weiler a affirmé qu'il y avait deux valeurs contradictoires en jeu: l'intérêt du public dans un procès équitable et le maintien de l'harmonie conjugale. Vu qu'elle a rejeté l'argument que le témoignage de Graham pouvait être admis conformément à l'art. 715, elle a conclu que la seule façon d'assurer l'équité du procès était de rendre Graham habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant. Cette conclusion nécessitait une modification de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner.

Selon le juge Weiler, le moment du mariage est une considération pertinente dans l'application de la règle de l'habilité à témoigner. Elle renvoie au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*:

Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

À son avis, le sens ordinaire de cette disposition indique que la règle de l'inhabilité à témoigner des conjoints ne devrait s'appliquer qu'aux personnes qui étaient mariées à l'époque où l'un des deux conjoints a été accusé. Puisque Hawkins a épousé Graham après la mise en accusation, le juge Weiler a conclu que le ministère public pouvait la contraindre à témoigner.

However, the modified rule would limit the spouse's testimony to conversations which occurred prior to the marriage. In this way, the competency rule would be made consistent with the spousal privilege accorded by s. 4(3) of the *Canada Evidence Act*.

In contrast to the majority, Weiler J.A. declined to admit Graham's previous testimony through the operation of s. 715. She concluded that the language of s. 715 could not be read so as to encompass a witness rendered incompetent by virtue of her "condition or state" (p. 268).

Weiler J.A. went on to hold that the statements of Graham given before the inquiry could not be read into evidence through a principled exception to the hearsay rule. In her view, the statements did not satisfy the threshold test of reliability as articulated in *Smith and B. (K.G.)*. More specifically, the statements lacked sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness: the oath had apparently had no effect on Graham's veracity before the inquiry; and the trier of fact would have no opportunity to observe Graham's demeanour at trial.

The co-appellants appeal to this Court as of right from the overturning of an acquittal under s. 691(2)(a) of the *Code*.

IV. Issues

1. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that the common law rule of spousal incompetency should not be modified in the circumstances of this case?
2. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that transcripts of Graham's preliminary inquiry testimony could be read in at trial pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*?
3. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that Graham's preliminary inquiry testimony

Cependant, la règle modifiée aurait pour effet de limiter le témoignage du conjoint aux conversations qui ont eu lieu avant le mariage. La règle de l'habilité à témoigner serait ainsi compatible avec le privilège relatif aux conjoints reconnu au par. 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Contrairement aux juges majoritaires, le juge Weiler a refusé d'admettre le témoignage antérieur de Graham par application de l'art. 715. Elle a conclu que le texte de cet article ne pouvait être interprété de façon à inclure un témoin rendu inhabile en raison de sa [TRADUCTION] «condition ou [de son] état» (p. 268).

Le juge Weiler a ensuite conclu que les déclarations faites par Graham à l'enquête préliminaire ne pouvaient être lues à titre de preuve en raison d'une exception de principe à la règle du oui-dire. À son avis, les déclarations ne satisfont pas au critère de seuil de fiabilité formulé dans les arrêts *Smith et B. (K.G.)*. Plus particulièrement, les déclarations ne fournissent pas suffisamment de garanties circonstancielles de fiabilité: le serment n'avait apparemment eu aucune incidence sur la véracité du témoignage de Graham à l'enquête préliminaire, et le juge des faits serait dans l'impossibilité d'évaluer le comportement de Graham au procès.

Les coappelants se pourvoient de plein droit devant notre Cour contre l'annulation d'un acquittement sur le fondement de l'al. 691(2)a) du *Code*.

IV. Les questions en litige

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en statuant que la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner ne devrait pas être modifiée dans les circonstances de l'espèce?
2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en statuant que les transcriptions du témoignage de Graham à l'enquête préliminaire pouvaient être lues à titre de preuve au procès conformément à l'art. 715 du *Code criminel*?
3. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en statuant que le témoignage de

31

32

33

34

35

was admissible through a principled exception to the hearsay rule?

V. Analysis

A. *Should the common law rule of spousal incompetency be modified?*

36 The common law rule is that a spouse is an incompetent witness in criminal proceedings in which the other spouse is an accused, except where the charge involves the person, liberty or health of the witness spouse. See, e.g., *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, at p. 1141; *Bentley v. Cooke* (1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729; *R. v. Bissell* (1882), 1 O.R. 514 (Q.B.). The traditional rule has been modified by the passage of the *Canada Evidence Act*. Section 4(1) of the Act makes a spouse competent to testify on behalf of the accused in a criminal trial, and s. 4(2) makes the spouse both competent and compellable for the Crown for certain specified offences which generally tend to implicate the health and security of the witness spouse. But these statutory exceptions aside, the Act otherwise preserves the general common law rule that the spouse of an accused, willing or not, is not competent to testify against the accused at the behest of the Crown.

37 At common law, it was well accepted that the rule of spousal incompetency renders a spouse incapable of testifying in relation to events which occurred both before and during the marriage: *Pedley v. Wellesley* (1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545. See *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at § 2230. This principle was more recently underscored by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201. Citing common law authorities continued under s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, Sinclair J.A. held for the Court of Appeal, at p. 203, that the Crown may not call the spouse of an accused

Graham à l'enquête préliminaire était admissible en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire?

V. Analyse

A. *La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner devrait-elle être modifiée?*

Selon la règle de common law, un conjoint est inhabile à témoigner dans des procédures criminelles dans lesquelles l'autre conjoint est un accusé, sauf si l'accusation concerne la personne, la liberté ou la santé du conjoint témoin. Voir par exemple *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, à la p. 1141; *Bentley c. Cooke* (1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729; *R. c. Bissell* (1882), 1 O.R. 514 (B.R.). La règle traditionnelle a été modifiée par l'adoption de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le paragraphe 4(1) de cette loi rend un conjoint habile à témoigner pour l'accusé dans un procès criminel, et le par. 4(2) rend le conjoint à la fois habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant pour certaines infractions qui concernent généralement la santé et la sécurité du conjoint témoin. Cependant, mises à part ces exceptions, la Loi maintient par ailleurs la règle générale de common law que le conjoint d'un accusé, qu'il soit ou non disposé à témoigner, est inhabile à témoigner contre l'accusé pour le poursuivant.

En common law, il est bien reconnu que, selon la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, un conjoint ne peut pas témoigner relativement à des événements qui se sont produits tant avant que pendant le mariage: *Pedley c. Wellesley* (1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545. Voir *Wigmore on Evidence* (rév. McNaughton 1961), vol. 8, au § 2230. Plus récemment, la Cour d'appel de l'Alberta a mis ce principe en évidence dans *R. c. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201. Citant les règles de common law qui continuent d'être reconnues en vertu du par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge Sinclair, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a conclu à la p. 203 que le poursuivant ne peut assigner le conjoint d'une personne accusée comme témoin habile à témoigner relati-

as a competent witness to testify in relation to events which occurred prior to the marriage.

Numerous justifications for the rule have been advanced over the history of the common law, but only two appear to have survived to the modern era. As originally noted by Lord Coke, in his *Institutes of the Laws of England*, the first justification for the rule is that it promotes conjugal confidences and protects marital harmony. The second justification is that the rule prevents the indignity of conscripting an accused's spouse to participate in the accused's own prosecution. Wigmore describes this latter justification as the "natural repugnance in every fair-minded person to compelling a wife or husband to be the means of the other's condemnation, and to compelling the culprit to the humiliation of being condemned by the words of his intimate life partner" (emphasis in original): *Wigmore on Evidence, supra*, vol. 8, §2228, at p. 217.

However, as this Court recognized in *Salituro, supra*, at pp. 672-73, serious criticisms have been levelled against these two surviving justifications of the traditional rule. It has been called arbitrary for excluding other familial relationships, and antiquated, because it is based on outmoded notions of marriage. Perhaps most importantly, rendering a person incapable of testifying solely on the basis of marital status does strip an individual of key aspects of his or her autonomy. As Iacobucci J. noted for the Court at p. 673:

There is in my opinion a more fundamental difficulty with the reasons for the rule. The grounds which have been used in support of the rule are inconsistent with respect for the freedom of all individuals, which has become a central tenet of the legal and moral fabric of this country particularly since the adoption of the *Charte*. . . . The common law rule making a spouse an incompetent witness involves a conflict between the freedom of the individual to choose whether or not to testify and the interests of society in preserving the marriage bond.

vement à des événements qui se sont produits avant le mariage.

De nombreuses justifications ont été avancées à l'appui de cette règle dans l'histoire de la common law, mais seulement deux d'entre elles semblent avoir survécu jusqu'à nos jours. Comme l'a initialement fait remarquer lord Coke dans *Institutes of the Laws of England*, la première justification de la règle est qu'elle favorise les confidences conjugales et protège l'harmonie conjugale. La seconde est que la règle empêche l'indignité d'avoir à forcer le conjoint d'une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre l'accusé. Wigmore décrit cette dernière justification comme [TRADUCTION] «la répugnance naturelle qu'éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l'instrument de la condamnation de l'autre et à forcer le coupable à subir l'humiliation de se voir condamner par les paroles de son partenaire de vie intime» (en italique dans l'original): *Wigmore on Evidence, op. cit.*, vol. 8, §2228, à la p. 217.

Cependant, comme notre Cour l'a reconnu dans *Salituro*, précité, aux pp. 672 et 673, de sérieuses critiques ont été formulées à l'endroit de ces deux justifications de la règle traditionnelle qui subsistent toujours. On a dit de cette règle qu'elle était arbitraire parce qu'elle exclut les autres relations familiales, et désuète parce qu'elle repose sur des notions périmées du mariage. Ce qui est peut-être le plus important de signaler est que rendre une personne incapable de témoigner sur le seul fondement de son état matrimonial la dépouille d'aspects importants de son autonomie. Comme l'affirme le juge Iacobucci s'exprimant au nom de notre Cour, à la p. 673:

À mon avis, les raisons d'être de la règle posent une difficulté plus fondamentale. En effet, les arguments invoqués à son appui sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte*. [. . .] Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu'a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé.

40 Some have suggested an alternative approach whereby a spouse could be declared competent against his or her spouse, but not compellable. The United Kingdom recently endorsed such a rule with the passage of s. 80 of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60. For a discussion of the Act, see *Cross and Tapper on Evidence* (8th ed. 1995), at pp. 236-40; *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at pp. 154-55. The United States Supreme Court adopted a similar modification of the common law rule. The court held that under the *Federal Rules of Evidence*, a spouse is a competent but not compellable witness for the prosecution, with the witness spouse having the privilege to refuse to testify adversely: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980). See *Uniform Rules of Evidence*, Rule 504. In Canada, the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence has also recommended the abolition of the traditional rule in favour of a modern rule which makes a spouse a competent but not compellable witness for the prosecution: *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at pp. 256-60; *Uniform Rules of Evidence*, s. 92(1). See also, Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at pp. 88-90 (*Evidence Code*, at ss. 54-57) (recommendation that spouse of accused be competent but not compellable if the value of the testimony outweighs any potential disruption to the relationship).

41 Another possible alternative, recognized in *Salituro*, *supra*, at p. 676, is that the spouse of an accused could be declared as both a competent and a compellable witness for the Crown. This would be consistent with the general common law rule that competence implies compellability. See *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474 (H.L.), at p. 484, *per* Lord Wilberforce, at p. 500, *per* Lord Edmund-Davies. In Canada, see *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, at pp. 276-77 (spouse of accused both competent and compellable by prosecution, prior to *An Act further to amend The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1906, c. 10, s. 1); *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (Ont.

Certains ont proposé une autre analyse selon laquelle une personne pourrait être déclarée habile à témoigner contre son conjoint, mais non contraignable. Le Royaume-Uni a récemment entériné une telle règle en adoptant l'art. 80 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60. Pour un examen de cette loi, voir *Cross and Tapper on Evidence* (8^e éd. 1995), aux pp. 236 à 240; *Phipson on Evidence* (14^e éd. 1990), aux pp. 154 et 155. La Cour suprême des États-Unis a adopté une modification similaire de la règle de common law. En effet, la cour a statué qu'en vertu des *Federal Rules of Evidence*, un conjoint est habile à témoigner mais non contraignable pour le poursuivant, le conjoint témoin ayant le privilège de refuser de témoigner contre l'autre: *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980). Voir *Uniform Rules of Evidence*, règle 504. Au Canada, le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve a aussi recommandé l'abolition de la règle traditionnelle en faveur d'une règle moderne qui rend un conjoint habile à témoigner mais non contraignable pour le poursuivant: *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983), aux pp. 285 à 290, par. 92(1). Voir aussi, Commission de réforme du droit, *Rapport sur la preuve* (1975), aux pp. 100 à 102 (*Code de la preuve*, aux art. 54 à 57) (recommandation que le conjoint d'un accusé soit habile à témoigner mais non contraignable si la valeur du témoignage l'emporte sur toute rupture possible de cette relation).

Une autre possibilité, reconnue dans *Salituro*, précité, à la p. 676, est celle que le conjoint d'une personne accusée soit déclaré à la fois habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant. Cela serait compatible avec la règle générale de common law selon laquelle l'habilité à témoigner suppose la contraignabilité. Voir *Hoskyn c. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474 (H.L.), à la p. 484, lord Wilberforce, et à la p. 500, lord Edmund-Davies. Au Canada, voir *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, aux pp. 276 et 277 (le conjoint de l'accusé était à la fois habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant, avant l'adoption de l'Acte modifiant de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1906,

C.A.), at p. 351 aff'd [1985] 2 S.C.R. 278; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 522, per Iacobucci J. ("the general rule that witnesses are compellable"), and at pp. 619-20, per Sopinka J. The Law Reform Commission of Canada has previously argued that making the witness spouse both competent and compellable would relieve the witness of the difficult pressures of choosing to testify against his or her life partner. The Commission has further contended that such an approach would open the artificially closed list of offences defined in s. 4(2) and 4(4) of the *Canada Evidence Act*. See Law of Evidence Project, Study Paper No. 1, *Competence and Compellability* (1972), at pp. 6-7. It has also been argued that this approach would reduce the incidence of spousal abuse, as accused spouses would be unable to abuse their competent partners to dissuade them from testifying. See *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (Y.T.C.A.), at p. 60. We are of the view that both these approaches, by vesting the spouse of an accused with the choice to testify against his or her partner, are arguably more consistent with the protection of the marital bond as well as the autonomy and dignity of the individual.

While such alternative approaches to the rule of spousal incompetency may serve to promote the autonomy and dignity of an individual spouse, it is our opinion that any significant change to the rule should not be made by the courts, but should rather be left to Parliament.

The common law rule of spousal incompetence has remained largely unchanged for some 350 years. The respondent has submitted that there is ample scope for judicial development of the rule. While it is true that this Court has signalled its willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large (see, e.g., *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Khan, supra*), it is clear that the courts will only

ch. 10, art. 1); *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (C.A. Ont.), à la p. 351, conf. par [1985] 2 R.C.S. 278; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 522, le juge Iacobucci («la règle générale voulant que tout témoin soit contraignable»), et aux pp. 619 et 620, le juge Sopinka. La Commission de réforme du droit du Canada a déjà fait valoir que rendre le conjoint à la fois habile à témoigner et contraignable permettrait de libérer le témoin de la sérieuse tension d'avoir à choisir de témoigner contre son partenaire de vie. La Commission a également dit qu'une telle analyse permettrait d'allonger la liste artificiellement circonscrite des infractions définies aux par. 4(2) et 4(4) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Voir Section de recherche sur le droit de la preuve, document préliminaire n° 1, *L'habilité et la contrainte à témoigner* (1972), aux pp. 7 à 9. On a aussi prétendu qu'une telle conception réduirait la fréquence de la violence conjugale puisque le conjoint accusé ne pourrait pas faire violence à son partenaire habile à témoigner pour le dissuader de témoigner. Voir *R. c. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (C.A.T.Y.), à la p. 60. À notre avis, on peut affirmer que ces deux conceptions — du fait qu'elles donnent au conjoint d'un accusé le choix de témoigner contre son partenaire — favorisent davantage la protection du lien matrimonial ainsi que l'autonomie et la dignité de la personne.

Même si ces autres conceptions de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner peuvent favoriser l'autonomie et la dignité d'une personne en tant que conjoint, nous sommes d'avis qu'il n'appartient pas aux tribunaux, mais plutôt au législateur fédéral, d'apporter des changements importants à la règle.

La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner est demeurée pratiquement inchangée depuis quelque 350 ans. L'intimée a soutenu que les tribunaux disposent d'une latitude importante dans l'application de cette règle. Certes, notre Cour s'est montrée disposée à adapter et à élargir la portée des règles de common law de façon à tenir compte de l'évolution sociale globale (voir par exemple *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750;

42

43

make incremental changes to the common law. So, for example, the change implemented in *Salituro*, did not strike at the original justifications of marital harmony and repugnance which animated the substance of the common law rule. As the Court stated at p. 674:

Where spouses are irreconcilably separated, there is no marriage bond to protect and we are faced only with a rule which limits the capacity of the individual to testify.

By contrast, complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature.

44

On the basis of the criticisms of the common law rule, discussed above, the respondent advanced two arguments. First, the Crown advocated a modification of the traditional rule along the lines suggested by Weiler J.A., whereby a spouse would be rendered competent if the marriage was solemnized after the issuance of an information or indictment. Alternatively, the respondent invited this Court to create an exception to the rule of spousal incompetency where an accused marries a witness for the purpose of insulating that witness from being called by the prosecution.

45

Both of the proposed changes, far from being incremental, would strike at the heart of the traditional rule of spousal incompetency. A marriage entered into following the swearing of an indictment may be perfectly valid and genuine, and there may indeed be a marital bond worthy of protection. Furthermore, as noted previously, this proposed exception runs afoul of the settled view that the rule of spousal incompetence applies to testimony relating to events which precede the marriage (i.e., events which precede the marriage even if the marriage was solemnized after the laying of formal charges).

Khan, précité), mais il est clair que les tribunaux n'apporteront que des changements progressifs à la common law. Par exemple, le changement apporté dans l'arrêt *Salituro* n'a pas porté atteinte aux justifications initiales à la base de la règle de common law, soit l'harmonie conjugale et la répugnance à témoigner. Comme notre Cour l'affirme à la p. 674:

Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger et nous nous trouvons en présence seulement d'une règle qui limite l'habilité d'une personne à témoigner.

Par contre, il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines.

Sur le fondement des critiques formulées à l'endroit de la règle de common law, dont il a été question ci-dessus, l'intimée a avancé deux arguments. Premièrement, le ministère public a préconisé une modification de la règle traditionnelle dans le sens de la démarche proposée par le juge Weiler de la Cour d'appel, c'est-à-dire qu'un conjoint serait habile à témoigner si le mariage a été célébré après la délivrance d'une dénonciation ou d'une mise en accusation. Subsidiairement, l'intimée a invité notre Cour à créer une exception à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner dans le cas où une personne accusée épouse un témoin dans le but d'empêcher qu'il soit assigné par le poursuivant.

Les deux changements proposés, loin d'être progressifs, porteraient atteinte au fondement même de la règle traditionnelle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Un mariage contracté après l'attestation sous serment d'un acte d'accusation peut être parfaitement valide et authentique, et il peut effectivement créer un lien matrimonial qu'il vaut la peine de protéger. En outre, comme nous l'avons fait remarquer, l'exception proposée va à l'encontre du principe établi selon lequel la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner s'applique à un témoignage relativement à des événements qui précèdent le mariage (c.-à-d. des événements antérieurs au mariage même si ce mariage a été célébré après le dépôt des accusations formelles).

Similarly, a marriage which is motivated by a desire to take advantage of the spousal incompetency rule may nonetheless be a true marriage, deserving of the law's protection. It has long been recognized at common law that a spouse is entitled to rely on the benefits of spousal incompetency even if one of the purposes of the marriage was to preclude testimony before a court. See, e.g., *Wigmore on Evidence, supra*, at §2230; *Cross and Tapper on Evidence, supra*, at p. 236 (the rule of spousal incompetency applies "whatever the motive for marrying").

In this instance, the Crown has conceded that the marriage of Hawkins and Graham is genuine. At the time of this Court's hearing, the couple were approaching their seventh wedding anniversary. There was no evidence that either of the two partners had failed to fulfil their reciprocal obligations of care and support. Under the circumstances, making Graham compellable by the Crown would threaten the couple's genuine marital harmony and undermine the purpose of the spousal incompetency rule. In this regard, we note the position of the trial judge:

I have difficulty, however, in the case at bar in being satisfied that there does not exist at this time a good and successful marriage, hence the need to preserve matrimonial harmony in this case still exists and must be of paramount concern. . . . I would also be concerned with whether the exception in this particular case would result in difficulties and repercussions in the apparently on-going successful marriage of the witness and the accused.

To create such an exception, thereby allowing Ms. Graham to testify, would be contrary to the purpose of the common law rule to preserve marital harmony and also to prevent the natural repugnancy that results in a spouse testifying against his or her accused spouse. It would encourage perjury by her to preserve the marriage or, if truthful, a break-down of the marriage. [Emphasis added.]

De même, un mariage motivé par un désir de bénéficier de l'application de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner peut néanmoins être un mariage véritable qui mérite la protection de la loi. Il est depuis longtemps reconnu en common law qu'un conjoint a le droit de compter sur les avantages de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner même si l'une des fins du mariage était d'empêcher qu'un témoignage soit rendu devant un tribunal. Voir par exemple *Wigmore on Evidence, op. cit.*, au §2230; *Cross and Tapper on Evidence, op. cit.*, à la p. 236 (la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner s'applique [TRADUCTION] «quel que puisse avoir été le motif du mariage»).

En l'espèce, le ministère public a reconnu que le mariage entre Hawkins et Graham est authentique. Lors de l'audition devant notre Cour, le couple était marié depuis presque sept ans. On n'a présenté aucune preuve établissant que les deux conjoints avaient omis de s'acquitter de leurs obligations réciproques de soins et de soutien. Dans les circonstances, rendre Graham contraignable pour le poursuivant risquerait de compromettre la véritable harmonie conjugale du couple et d'aller à l'encontre de l'objet de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Sur ce point, nous faisons état de la position du juge du procès:

[TRADUCTION] Cependant, en l'espèce, j'ai du mal à me convaincre qu'il n'existe pas en ce moment un mariage valide et réussi; pour ce motif, la nécessité de préserver l'harmonie conjugale existe toujours et elle doit être une préoccupation de premier plan. [. . .] Je suis également préoccupé par la question de savoir si l'exception soulevée en l'espèce entraînerait des difficultés et des repercussions dans le mariage apparemment réussi du témoin et de l'accusé.

L'établissement d'une telle exception, permettant ainsi à Graham de témoigner, serait contraire à l'objet de la règle de common law, qui est de préserver l'harmonie conjugale et d'empêcher la répugnance naturelle qu'éprouve une personne à témoigner contre un accusé qui est son conjoint. Une telle exception l'inciterait à se parjurer pour préserver son mariage ou favoriserait, si les déclarations sont exactes, une rupture du mariage. [Je souligne.]

48 Either of the two proposed changes to the common law rule of spousal incompetency would amount to far more than an incremental change in the law. Such a change is unprecedented and of uncertain consequences. As the trial judge said:

... I am of the opinion that to create such a new exception as requested would create uncertainty as to the consequences resulting from such a change that would be completely out of the control of the courts.

49 Furthermore, the change advocated by the respondent would be unworkable. It would require the courts to examine the motivation for marriage in this case. Absent evidence that the marriage was a sham, we fail to see how the court can begin to inquire into the reasons for the marriage. There is no justification for such an inquiry unless there should be concrete evidence that the marriage was legally invalid. Courts and tribunals are permitted to inquire into this most personal of realms only in specific, limited circumstances as prescribed by the legislature or Parliament, for example, in the immigration context (see s. 4(3) of the *Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*, which provides that a Canadian citizen may not sponsor a spouse where that spouse “entered into the marriage primarily for the purpose of gaining admission to Canada as a member of the family class and not with the intention of residing permanently with the other spouse”).

50 We emphasize that the matter may be different if the evidence clearly established that the only purpose of the marriage was to avoid criminal responsibility by rendering a key witness uncompellable and that the partners had no intention of fulfilling their mutual obligations of care and support. In such circumstances, the marriage would be a “sham”, and the court may be willing to take this into account. For instance, in *Lutwak v. United States*, 344 U.S. 604 (1953), the U.S. Supreme Court held that the spouse of an accused could not invoke the rule of incompetency, as the evidence clearly demonstrated that the parties had no inten-

L’un ou l’autre des changements proposés à la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner constituerait beaucoup plus qu’un changement progressif du droit. Un tel changement est sans précédent et comporte des conséquences incertaines. Comme l’a affirmé le juge du procès:

[TRADUCTION] . . . je suis d’avis que l’établissement de la nouvelle exception demandée entraînerait des conséquences incertaines qui échapperaient complètement au contrôle des tribunaux.

Qui plus est, le changement préconisé par l’intimée serait irréalisable. Il obligerait les tribunaux à examiner les motifs du mariage en l’espèce. En l’absence d’une preuve que le mariage était une façade, nous ne voyons pas comment un tribunal peut commencer à vérifier les motifs du mariage. Rien ne justifie une telle vérification, sauf s’il existe une preuve concrète que le mariage n’était pas légalement valide. Les cours de justice et les tribunaux administratifs ne peuvent examiner cette question des plus personnelles que dans des circonstances précises et restreintes prévues par un législateur provincial ou le législateur fédéral, par exemple dans le contexte de l’immigration (voir le par. 4(3) du *Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172*, qui prévoit qu’un citoyen canadien ne peut parrainer un conjoint dans le cas où celui-ci «s’est marié principalement dans le but d’obtenir l’admission au Canada à titre de membre de la catégorie de la famille et non avec l’intention de vivre en permanence avec son conjoint»).

Nous tenons à souligner que la situation pourrait être différente si la preuve établissait clairement que le seul but du mariage était d’échapper à la responsabilité criminelle en rendant un témoin principal non contraignable et que les partenaires n’avaient aucune intention de s’acquitter de leurs obligations mutuelles de soins et de soutien. Dans ces circonstances, le mariage serait une «façade» et le tribunal pourrait alors décider de tenir compte de ce facteur. Par exemple, dans *Lutwak c. United States*, 344 U.S. 604 (1953), la Cour suprême des États-Unis a statué que le conjoint d’un accusé ne pouvait invoquer la règle de l’inhabilité à témoigner puisque la preuve démontrait clairement que les parties n’avaient pas l’intention de vivre

tion of living together as spouses. However, this is not the case in the Hawkins-Graham marriage.

For these reasons, we are in agreement with the trial judge, and the majority of the Court of Appeal, that no modification of the common law rule of spousal incompetence should be made in this case. Graham was not a competent witness for the Crown, and, accordingly, her *viva voce* evidence could not be admitted at trial. We express no opinion as to whether Graham, even if competent, would have also been compellable in this instance. However, it remains to be seen whether her evidence could have been admitted by an alternative means.

B. *May Graham's testimony before the preliminary inquiry be read into evidence at trial through s. 715 of the Criminal Code?*

Assuming that Graham is found to be an incompetent witness at trial, the Crown alternatively seeks to have the transcripts of Graham's testimony before the preliminary inquiry read into evidence under s. 715 of the *Criminal Code*.

Section 715 traces its origins to *An Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30, s. 30. The original version of s. 715 was modelled on comparable English legislation regarding the admission of evidence taken at preliminary hearings. See *Administration of Justice Act (No. 1)*, 11 & 12 Vict., c. 42, s. 17 (1848). As it presently reads, s. 715 provides that where a person whose evidence was given at a previous trial on the same charge or was taken in the course of the investigation or on the preliminary inquiry refuses to be sworn or to give evidence, or is now dead, insane, so ill as to be unable to travel or testify, or is absent from Canada, then that person's testimony may be read as evidence in the proceedings without further proof. The evidence must also have been given in the presence of the accused. However, even if preliminary inquiry evidence satisfies these criteria, s. 715 preserves a

ensemble comme conjoints. Cependant, ce n'est pas le cas du mariage contracté par Hawkins et Graham.

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'accord avec le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité pour dire que la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner ne devrait pas être modifiée en l'espèce. Graham n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant et, en conséquence, son témoignage de vive voix ne pouvait être admis au procès. Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir si, même si elle avait été habile à témoigner, Graham aurait aussi été contraignable. Cependant, il reste à examiner si son témoignage aurait pu être admis par un autre moyen.

B. *Le témoignage de Graham à l'enquête préliminaire peut-il être lu à titre de preuve au procès en application de l'art. 715 du Code criminel?*

À supposer que Graham soit jugée inhabile à témoigner au procès, le ministère public cherche subsidiairement à faire lire à titre de preuve, en vertu de l'art. 715 du *Code criminel*, son témoignage recueilli à l'enquête préliminaire.

L'article 715 trouve son origine dans l'*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, ch. 30, art. 30. La première version de l'art. 715 s'inspirait d'un texte législatif anglais comparable relatif à l'admission de témoignages recueillis à l'enquête préliminaire. Voir *Administration of Justice Act (No. 1)*, 11 & 12 Vict., ch. 42, art. 17 (1848). Dans son libellé actuel, l'art. 715 prévoit que lorsqu'une personne qui a témoigné au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a témoigné au cours d'un examen de l'inculpation ou lors de l'enquête préliminaire, refuse de prêter serment ou de témoigner ou si elle est décédée, est aliénée, est trop malade pour voyager ou pour témoigner ou est absente du Canada, son témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve. Ce témoignage doit aussi avoir été reçu en présence de l'accusé.

51

52

53

residual discretion in the trial judge to exclude such evidence: *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525.

54 Graham's marriage clearly cannot be read into the section as grounds for admitting the transcripts of her preliminary inquiry evidence. The marriage of Graham and Hawkins does not represent a refusal to give evidence: the common law rule of spousal incompetency disqualifies a spouse from giving evidence, regardless of the spouse's choice. Indeed, there is no way of knowing whether Graham actually would have refused to testify; she may have chosen to testify for the defence.

55 For these reasons, it is our opinion that the majority of the Court of Appeal erred in holding that transcripts of Graham's preliminary inquiry testimony could be read in at trial pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*. It is therefore unnecessary to express any view on the nature of a trial judge's residual discretion to exclude previous testimony under s. 715, and whether this residual discretion should have otherwise been exercised in this instance. However, we do not believe that our conclusion regarding the application of s. 715 necessarily precludes the potential admission of the transcripts at common law.

56 On its face, s. 715 does not indicate whether it was intended to displace the pre-existing common law governing the admission of prior testimony. Some cases earlier this century suggested that the provision was indeed exhaustive, i.e. that preliminary inquiry evidence may only be admitted at a criminal trial through the operation of s. 715. See *R. v. Snelgrove* (1906), 12 C.C.C. 189 (N.S.S.C.); *Cuff v. Frazee Storage & Cartage Co.* (1907), 14 O.L.R. 263 (Div. Ct.); *Caufield v. The King* (1926), 48 C.C.C. 109 (Que. K.B.). The Nova Scotia Supreme Court in *Snelgrove* defended this interpretation on two separate grounds: first, the *Criminal Code* was generally intended to be a comprehensive criminal statute; second, the prede-

Cependant, même si le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire satisfait à ces critères, l'art. 715 permet au juge du procès de conserver le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter ce témoignage: *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

Le mariage de Graham ne peut de toute évidence servir de motif pour admettre les transcriptions du témoignage reçu à l'enquête préliminaire. Le mariage de Graham et de Hawkins ne représente pas un refus de témoigner: la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner empêche un conjoint de témoigner, quel que soit le choix du conjoint. En fait, rien ne permet de savoir si Graham aurait refusé de témoigner; elle aurait pu choisir de témoigner pour la défense.

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en statuant que les transcriptions du témoignage de Graham à l'enquête préliminaire pouvaient être lues à titre de preuve au procès conformément à l'art. 715 du *Code criminel*. Il n'est donc pas nécessaire d'exprimer une opinion sur la nature du pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge du procès d'écarter un témoignage antérieur en vertu de l'art. 715, et d'examiner si ce pouvoir discrétionnaire résiduel aurait dû par ailleurs être exercé en l'espèce. Cependant, nous ne croyons pas que notre conclusion quant à l'application de l'art. 715 exclue forcément la possibilité d'admettre les transcriptions en vertu de la common law.

À première vue, l'art. 715 n'indique pas si le législateur avait l'intention d'écarter les principes préexistants de common law applicables à l'admission d'un témoignage antérieur. Certains arrêts du début du siècle laissent entendre que cette disposition était en fait exhaustive, c'est-à-dire que seul l'art. 715 permettrait que soit admis dans un procès criminel des témoignages recueillis antérieurement. Voir *R. c. Snelgrove* (1906), 12 C.C.C. 189 (C.S.N.-É.); *Cuff c. Frazee Storage & Cartage Co.* (1907), 14 O.L.R. 263 (C. div.); *Caufield c. The King* (1926), 48 C.C.C. 109 (B.R. Qué.). Dans l'affaire *Snelgrove*, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a fait valoir deux motifs distincts à l'appui de cette interprétation: premièrement, que le *Code*

cessor of s. 8(3) of the *Code* (continuing common law justifications and excuses) implicitly excluded other rules of common law. Professor Schiff, however, suggests that the exhaustiveness of s. 715 remains an open question: *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), at pp. 431-32, nn. 13-14. See, as well, *The Law of Evidence in Canada*, at p. 274, n. 420.

We believe that the preferable interpretation is that s. 715 is not a “comprehensive code” governing the admissibility of preliminary inquiry testimony. As noted by Schiff, *supra*, at p. 431, the provision was originally modelled after the *Administration of Justice Act* (1848) in the United Kingdom, and English courts have held consistently that this statute and its successors did not displace the common law. See, e.g., *R. v. Thompson*, [1982] 1 All E.R. 907 (C.A.), at p. 912. Furthermore, this interpretation is consistent with the *Criminal Code*’s general approach to the law of evidence. The substantive offences articulated by the *Code* presume the existence of a body of rules of evidence derived from the common law. While the *Code* modifies and abolishes some rules, it does so only in specific instances and through language to that effect. Accordingly, if preliminary inquiry testimony does not meet the requirements for admissibility under s. 715, it remains open for the trial judge to consider whether such testimony may still be read into evidence by reference to the principles of the common law.

C. May Graham’s testimony before the preliminary inquiry be read into evidence at trial through a principled exception to the hearsay rule?

The prevailing view in the common law world is that evidence at trial of statements made by a witness in a prior adjudicative proceedings (“former testimony” or “prior testimony”) represents a form of hearsay. The great historical opponent of this view, however, was Wigmore. Wigmore strongly

criminel est généralement considéré comme une loi exhaustive de nature pénale; deuxièmement, que l’article qui a précédé le par. 8(3) du *Code* (qui maintient les justifications et les excuses reconnues en common law) écartait implicitement d’autres règles de common law. Cependant, le professeur Schiff affirme que le caractère exhaustif de l’art. 715 demeure une question discutable: *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), aux pp. 431 et 432, notes 13 et 14. Voir aussi *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 274, note 420.

À notre avis, l’interprétation à retenir est que l’art. 715 ne constitue pas un «code exhaustif» régissant l’admissibilité d’un témoignage recueilli à l’enquête préliminaire. Comme l’a fait remarquer Schiff, *op. cit.*, à la p. 431, la disposition a initialement été modelée sur l’*Administration of Justice Act* (1848) du Royaume-Uni, et les tribunaux britanniques ont statué de façon constante que cette loi et celles qui lui ont succédé n’écartaient pas la common law. Voir par exemple *R. c. Thompson*, [1982] 1 All E.R. 907 (C.A.), à la p. 912. En outre, cette interprétation est compatible avec la façon dont le *Code criminel* traite du droit de la preuve. Les infractions matérielles précises prévues au *Code* présument l’existence d’un ensemble de règles de preuve tirées de la common law. Bien que le *Code* modifie et abolisse certaines règles, il le fait seulement dans certains cas précis et emploie des termes à cet effet. Par conséquent, si le témoignage recueilli à l’enquête préliminaire ne satisfait pas aux exigences d’admissibilité en vertu de l’art. 715, le juge du procès peut toujours examiner si ce témoignage peut quand même être lu à titre de preuve en application des principes de la common law.

C. Le témoignage de Graham à l’enquête préliminaire peut-il être lu à titre de preuve au procès en application d’une exception de principe à la règle du oui-dire?

Le point de vue couramment admis dans les pays de common law est que la preuve au procès de déclarations faites par un témoin dans une procédure décisionnelle antérieure («témoignage antérieur») représente une forme de oui-dire. Cependant, dans l’histoire, Wigmore a été le grand

advocated a definition of hearsay which was centred on the party's inability to cross-examine the declarant. Because preliminary inquiry testimony is subject to contemporaneous cross-examination, Wigmore argued that statements made by a declarant in prior adjudicative proceedings where cross-examination was available were substantively admissible in a subsequent proceeding, as such statements did not constitute hearsay.

adversaire de ce point de vue. En effet, Wigmore préconisait fortement une définition du oui-dire axée sur l'impossibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration. Partant du fait que la personne qui témoigne à l'enquête préliminaire peut être contre-interrogée au moment de la déclaration, Wigmore a soutenu que sont admissibles quant au fond les déclarations faites par une personne dans d'autres procédures décisionnelles au cours desquelles cette personne a pu être contre-interrogée, ces déclarations ne constituant alors pas du oui-dire.

59 However, the vast majority of scholars disagree with Wigmore and maintain that testimony in former proceedings falls within an expansive definition of the hearsay rule. See *Cross and Tapper on Evidence, supra*, at p. 721; *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 2, at § 301; *Phipson on Evidence*, at p. 931; *The Law of Evidence in Canada*, at p. 270.

Cependant, la vaste majorité des auteurs ne sont pas d'accord avec Wigmore et sont d'avis que le témoignage reçu dans des procédures antérieures correspond à une définition élargie de la règle du oui-dire. Voir *Cross and Tapper on Evidence, op. cit.*, à la p. 721; *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 2 au §301; *Phipson on Evidence*, à la p. 931; *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 270.

60 We similarly find that such prior testimony falls within the ambit of the hearsay rule. In the past, this Court has generally declined to adopt a single comprehensive definition of the hearsay rule, for fear that an exhaustive definition of the rule may fail to capture the full breadth of circumstances where a statement by an out-of-court declarant will raise one or more of the traditional hearsay dangers (namely, the lack of oath, the lack of contemporaneous cross-examination, and the lack of demeanour evidence). See *Smith*, at p. 924. The testimony of a declarant in a prior proceeding, *prima facie*, raises a hearsay danger because the trier of fact cannot examine the demeanour of the declarant at trial. Indeed, if such testimony did not represent hearsay, there would be no need for provisions similar to s. 715, as such prior testimony would be substantively admissible in all circumstances, even if the declarant was otherwise available to testify.

Nous sommes aussi d'avis qu'un témoignage antérieur correspond à la définition de la règle du oui-dire. Dans le passé, notre Cour a généralement refusé d'adopter une définition unique et exhaustive de la règle du oui-dire, de crainte qu'une telle définition ne puisse circonscrire tous les cas où une déclaration extrajudiciaire présenterait un ou plusieurs des dangers traditionnels du oui-dire (soit l'absence de serment, l'absence de contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration et l'absence de preuve quant au comportement). Voir *Smith*, à la p. 924. Le témoignage de l'auteur d'une déclaration dans une procédure antérieure comporte à première vue l'un des dangers du oui-dire parce que le juge des faits ne peut évaluer le comportement de cette personne au procès. En fait, si un tel témoignage ne constituait pas du oui-dire, il ne serait pas nécessaire d'avoir des dispositions comme l'art. 715 puisque le témoignage antérieur serait dans toutes les circonstances admissible quant au fond, même si son auteur était par ailleurs disponible pour témoigner.

61 Regardless of the appropriate characterization of such former testimony, the common law was historically prepared to admit such evidence either as

Quelle que soit la caractérisation à donner à ce témoignage antérieur, la common law a toujours été disposée à admettre cette preuve, soit parce

non-hearsay or as an exception to the hearsay rule in specific circumstances where the declarant was generally unavailable to testify at trial.

Early in the history of the common law, English courts held that prior testimony given in a previous proceeding may be read into evidence in a subsequent civil proceeding where the parties were the same and where the testimony was open to cross-examination: *Wright v. Doe d. Tatham* (1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R. 1108, at pp. 18-19, *per* Tindal C.J. The courts equally held that prior testimony could be read into evidence in subsequent criminal proceedings for the truth of its contents where the declarant had died prior to trial: *R. v. Beeston* (1854), Dears. 405, 169 E.R. 782 (C.C.A.); *R. v. Lee* (1864), 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468. See *R. v. Hall (P.B.)*, [1973] 1 Q.B. 496 (C.A.), at p. 504, *per* Forbes J. See Wilson J.'s discussion of the position of the common law in *Potvin*, *supra*, at p. 540.

In Canada, the relevant authority on the admission of such testimony in civil proceedings appears to be *Walkertown (Town) v. Erdman* (1894), 23 S.C.R. 352. In *Erdman*, the plaintiff commenced an action against the town, and an examination *de bene esse* was held prior to trial. Erdman, however, subsequently died, and his wife pursued a distinct action against the town. Even in the absence of any statutory rule, the Court held that the record of the examination was admissible, as the town had the opportunity to cross-examine Erdman (which it in fact exercised), and the same issues were raised in both actions.

Some early cases had indicated that prior testimony could only be admitted in a criminal trial where the witness was unavailable as a result of death or by "procurement" of the court: *R. v. Scaife* (1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505, at p. 507. But more modern cases have been willing to admit such evidence in circumstances of "unavailability" beyond death. See *Thompson*, *supra*, at pp. 912-13

qu'elle ne constituait pas du oui-dire soit parce qu'elle constituait une exception à la règle du oui-dire dans des circonstances précises où l'auteur de la déclaration n'était généralement pas disponible pour témoigner au procès.

Tôt dans l'histoire de la common law, les tribunaux britanniques ont statué qu'un témoignage reçu dans une procédure antérieure pouvait être lu à titre de preuve dans une procédure civile ultérieure qui opposerait les mêmes parties et au cours de laquelle le témoin pourrait être contre-interrogé: *Wright c. Doe d. Tatham* (1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R. 1108, aux pp. 18 et 19, le juge en chef Tindal. Les tribunaux ont également statué qu'un témoignage antérieur pouvait être lu à titre de preuve dans une procédure criminelle ultérieure comme preuve de la véracité de son contenu si l'auteur de la déclaration est décédé avant le procès: *R. c. Beeston* (1854), Dears. 405, 169 E.R. 782 (C.C.A.); *R. c. Lee* (1864), 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468. Voir *R. c. Hall (P.B.)*, [1973] 1 Q.B. 496 (C.A.), à la p. 504, le juge Forbes. Voir l'analyse que fait le juge Wilson de la situation de la common law dans l'arrêt *Potvin*, précité, à la p. 540.

Au Canada, l'arrêt de principe sur l'admission dans une procédure civile d'un témoignage antérieur semble être *Walkertown (Town) c. Erdman* (1894), 23 R.C.S. 352. Dans cet arrêt, le demandeur avait intenté une action contre la ville et un interrogatoire *de bene esse* avait eu lieu avant le procès. Cependant, M. Erdman était ensuite décédé et son épouse avait intenté une action distincte contre la ville. Même en l'absence d'une règle législative, notre Cour a statué que le dossier de l'interrogatoire était admissible parce que la ville avait eu la possibilité de contre-interroger M. Erdman (et elle l'avait fait) et que les deux actions portaient sur les mêmes questions.

Dans certaines décisions anciennes, on avait indiqué qu'un témoignage antérieur ne pouvait être admis à titre de preuve dans un procès criminel que dans le cas où le témoin n'était pas disponible pour cause de décès ou [TRADUCTION] «à l'instigation» de la cour: *R. c. Scaife* (1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505, à la p. 507. Toutefois, dans des décisions plus récentes, les tribunaux se sont montrés

62

63

64

(prior testimony admitted in circumstances of illness). See also *Cross and Tapper on Evidence*, at p. 721; *Phipson on Evidence*, at p. 933.

65 However, in Canada, the development of the common law rule for the reception of prior testimony in criminal proceedings was halted with the adoption of the predecessor of s. 715 of the *Code* shortly after Confederation. We believe that the proper course would be to examine whether Graham's preliminary inquiry evidence ought to have been admitted through a principled exception to the hearsay rule.

66 In *Khan and Smith*, this Court signalled the beginning of a modern principled framework for defining exceptions to the hearsay rule. The Court rejected the traditional approach of the common law premised on rigid, categorical exceptions to the hearsay rule in favour of a more flexible approach which seeks to give effect to the underlying purposes of the rule. As Lamer C.J. said in *Smith*, at p. 932:

... *Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it. What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike.

With this Court's subsequent holdings in *B. (K.G.)*, *supra*, and, most recently, in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, this new approach has become firmly entrenched in our jurisprudence.

67 Under this reformed framework, a hearsay statement will be admissible for the truth of its contents if it meets the separate requirements of "necessity"

disposés à admettre une telle preuve dans des circonstances de «non-disponibilité» autres que le décès. Voir *Thompson*, précité, aux pp. 912 et 913 (témoignage antérieur admis dans un cas de maladie). Voir aussi *Cross and Tapper on Evidence*, à la p. 721; *Phipson on Evidence*, à la p. 933.

Cependant, au Canada, l'évolution de la règle de common law concernant la réception d'un témoignage antérieur dans des procédures criminelles a été interrompue par l'adoption de la disposition qui a précédé l'art. 715 du *Code* peu après la Confédération. À notre avis, la démarche à suivre serait d'examiner si le témoignage de Graham recueilli à l'enquête préliminaire aurait dû être admis en vertu d'une exception de principe à la règle du oui-dire.

Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, notre Cour a signalé le début d'une analyse moderne fondée sur des principes pour définir les exceptions à la règle du oui-dire. Notre Cour a rejeté la méthode traditionnelle de la common law fondée sur des catégories d'exceptions rigides à la règle du oui-dire en faveur d'une méthode plus souple qui cherche à donner effet aux objets qui sous-tendent la règle. Comme l'affirme le juge en chef Lamer dans *Smith*, à la p. 932:

... l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du oui-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par oui-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions.

Vu les conclusions formulées par notre Cour dans *B. (K.G.)*, précité, et, plus récemment, dans *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, cette nouvelle analyse est devenue fermement ancrée dans notre jurisprudence.

En vertu de cette analyse réformée, une déclaration relatée sera admissible comme preuve de la véracité de son contenu si elle satisfait aux deux

and “reliability”. These two requirements serve to minimize the evidentiary dangers normally associated with the evidence of an out-of-court declarant, namely the absence of an oath or affirmation, the inability of the trier of fact to assess the demeanour of the declarant, and the lack of contemporaneous cross-examination.

Consistent with the spirit of this modern approach, the twin requirements of “necessity” and “reliability” must always be applied in a flexible manner. As Lamer C.J. stressed in *U. (F.J.)*, at p. 787:

Khan and Smith establish that hearsay evidence will be substantively admissible when it is necessary and sufficiently reliable. Those cases also state that both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case and ensuring that our new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis.

If a hearsay statement satisfies these two requirements, the trial judge may put the statement to the trier of fact, subject to appropriate safeguards and to cautions regarding weight.

At the same time, as underscored in *B. (K.G.)*, this modern framework should also be applied in a manner which preserves and reinforces the integrity of the traditional rules of evidence. Accordingly, the new hearsay analysis should not permit the admission of statements which the declarant, if he or she had been available and competent at trial, would not have been able to offer into evidence through direct testimony because of the operation of an evidentiary rule of admissibility. As Lamer C.J. stated, at p. 784, in discussing the application of the *Khan and Smith* approach to the evidentiary use of prior inconsistent statements:

... prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony. That is, if the witness could not have made the statement at trial during his or her examination-in-chief or cross-examination, for whatever reason, it cannot be made admissible through the back door, as it

exigences de «nécessité» et de «fiabilité». Ces deux exigences permettent de minimiser les dangers normalement associés à la preuve d'une déclaration extrajudiciaire, soit l'absence de serment ou d'affirmation, l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement de l'auteur, et l'absence de contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration a été faite.

Conformément à l'esprit de cette analyse moderne, la double exigence de «nécessité» et de «fiabilité» doit toujours être appliquée avec souplesse. Comme l'a fait ressortir le juge en chef Lamer dans *U. (F.J.)*, à la p. 787:

Il ressort des arrêts *Khan et Smith* que la preuve par ouï-dire sera admissible quant au fond lorsqu'elle est nécessaire et suffisamment fiable. Il y est également dit qu'on doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire et veillant à ce que notre nouvelle façon d'aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories.

Si une déclaration relatée satisfait à ces deux exigences, le juge du procès peut la soumettre au juge des faits, sous réserve des garanties appropriées et des mises en garde quant au poids à lui accorder.

Par ailleurs, comme notre Cour l'a fait ressortir dans *B. (K.G.)*, cette conception moderne devrait aussi être appliquée d'une façon qui préserve et renforce l'intégrité des règles de preuve traditionnelles. Par conséquent, la nouvelle analyse du ouï-dire ne devrait pas permettre l'admission de déclarations que leur auteur, eût-il été disponible et habile à témoigner, n'aurait pas pu présenter directement en preuve dans sa déposition en raison de l'application d'une règle d'admissibilité. Comme l'a affirmé le juge en chef Lamer à la p. 784 dans son examen de l'application de l'analyse formulée dans les arrêts *Khan et Smith* à l'utilisation en preuve des déclarations antérieures incompatibles:

... ne seraient admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin. C'est-à-dire que, si le témoin n'aurait pas pu faire la déclaration au procès au cours de son interrogatoire principal ou de son contre-interrogatoire, pour quelque raison que

68

69

were, under the reformed prior inconsistent statement rule. [Emphasis added.]

For the purposes of illustration, the Chief Justice, at pp. 784-86, identified two categories of statements which the declarant could not have made as part of his or her sole testimony if the declarant was capable of testifying at trial: hearsay statements which in themselves fell outside a recognized exception to the hearsay rule, and statements (where the declarant is a state actor) repeating an admission obtained in violation of the accused's right to silence under *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595. In both such cases, the declarant could not have offered such statements into substantive evidence through his or her sole testimony as a result of an exclusionary rule of evidence. Thus, in the absence of the declarant at trial, the principled framework should not be applied to permit the admission of such statements for the truth of their contents through the back door.

70 With these principles in mind, we turn to examine whether Graham's preliminary inquiry testimony is sufficiently necessary and reliable to permit its reception at a subsequent criminal trial under a principled exception to the hearsay rule.

1. Necessity

71 Under this Court's principled framework, hearsay evidence will be necessary in circumstances where the declarant is unavailable to testify at trial and where the party is unable to obtain evidence of a similar quality from another source: *B. (K.G.)*, at p. 796. Consistent with a flexible definition of the necessity criterion, there is no reason why the unavailability of the declarant should be limited to closed, enumerated list of causes. As Wigmore articulated the necessity criterion (*Wigmore on Evidence, supra*, at §1421):

(1) The person whose assertion is offered may now be dead, or out of the jurisdiction, or insane, or otherwise

ce soit, elle ne saurait être admissible indirectement, en application de la règle réformée relative aux déclarations antérieures incompatibles. [Je souligne.]

À des fins d'illustration, le Juge en chef présente aux pp. 784 à 786 deux catégories de déclarations qu'un témoin n'aurait pas pu faire au cours de sa déposition s'il était en mesure de témoigner au procès: les déclarations relatées qui en soi ne correspondent pas à une exception reconnue à la règle du oui-dire, et les déclarations (si leur auteur est un représentant de l'État) reprenant un aveu obtenu en contravention du droit d'un accusé de garder le silence conformément à l'arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595. Dans ces deux situations, l'auteur n'aurait pas pu présenter ces déclarations à titre de preuve de fond dans sa seule déposition en raison de l'application d'une règle d'exclusion. En conséquence, en l'absence de l'auteur de la déclaration au procès, l'analyse fondée sur des principes ne devrait pas être appliquée indirectement de façon à permettre l'admission de ces déclarations comme preuve de leur véracité.

À la lumière de ces principes, nous examinerons si le témoignage de Graham à l'enquête préliminaire est suffisamment nécessaire et fiable pour en permettre la réception au cours d'un procès criminel subséquent, en vertu d'une exception de principe à la règle du oui-dire.

1. La nécessité

Conformément à l'analyse fondée sur des principes que notre Cour a formulée, il sera nécessaire de se servir d'une preuve par oui-dire lorsque l'auteur de la déclaration ne peut témoigner au procès et que la partie n'est pas en mesure d'obtenir une preuve de qualité similaire d'une autre source: *B. (K.G.)*, à la p. 796. Conformément à une définition souple du critère de la nécessité, il n'existe aucun motif de restreindre les causes de non-disponibilité de l'auteur d'une déclaration à une liste prédéterminée. Voici comment Wigmore formule le critère de la nécessité (*Wigmore on Evidence, op. cit.*, au §1421):

[TRADUCTION] (1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant décédé, hors du ressort,

unavailable for the purpose of testing. [Italics in original; underlining added.]

But as this Court indicated in *B. (K.G.)*, at pp. 797-98, the statement of a declarant may still meet the necessity criterion in limited circumstances where the declarant is not unavailable in the strict physical sense. See, e.g., *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 20, *per* McLachlin J.

For the purposes of these appeals, it will suffice to hold that the preliminary inquiry testimony of a witness will satisfy the criterion of necessity where the witness is generally unavailable to testify at trial. Without restricting the precise content of “unavailability”, the categories of absence recognized under s. 715, specifically death, illness, and insanity, offer a helpful guide to the types of circumstances under which it will be sufficiently necessary to consider the admission of the witness’s former testimony.

In this instance, we are satisfied that Graham was unavailable to testify on behalf of the Crown for the purposes of the necessity criterion. The prosecution could not call upon Graham to testify as a result of her spousal incompetency, and there was no other means of presenting evidence of a similar value before the court. In both *Khan*, at p. 548, and *Rockey*, *supra*, at para. 20, the Court similarly found that the necessity criterion would be met in circumstances where a child declarant was legally incompetent to give *viva voce* evidence at trial.

2. Reliability

The requirement of reliability will be satisfied where the hearsay statement was made in circumstances which provide sufficient guarantees of its trustworthiness. In particular, the circumstances must counteract the traditional evidentiary dangers associated with hearsay. As the Court explained in *B. (K.G.)*, at p. 787:

The history of the common law exceptions to the hearsay rule suggests that for a hearsay statement to be

aliéné ou, pour quelque autre motif, non disponible aux fins de la vérification. [En italique dans l’original; je souligne.]

Cependant, comme notre Cour l’a indiqué dans *B. (K.G.)*, aux pp. 797 et 798, la déclaration peut quand même satisfaire au critère de la nécessité dans quelques cas où son auteur n’est pas disponible dans un sens strictement physique. Voir par exemple *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 20, le juge McLachlin.

Pour les fins des présents pourvois, il suffira de conclure qu’un témoignage reçu à l’enquête préliminaire satisfait au critère de la nécessité si son auteur n’est généralement pas disponible pour témoigner au procès. Sans restreindre le contenu précis de la «non-disponibilité», les catégories d’absence reconnues à l’art. 715 — plus particulièrement le décès, la maladie et l’aliénation — sont utiles pour déterminer dans quelles circonstances il sera suffisamment nécessaire d’envisager l’admission d’un témoignage antérieur.

En l’espèce, aux fins de l’application du critère de la nécessité, nous sommes convaincus que Graham ne pouvait témoigner pour le compte du ministère public. Le poursuivant ne pouvait assigner Graham à témoigner en raison de la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner, et il n’existait aucun autre moyen de présenter au tribunal une preuve d’une valeur similaire. Dans *Khan*, à la p. 548, et dans *Rockey*, précité, au par. 20, notre Cour a de la même façon conclu qu’il serait satisfait au critère de la nécessité dans le cas où un enfant qui a fait une déclaration était, en droit, inhabile à témoigner de vive voix au procès.

2. La fiabilité

L’exigence de fiabilité sera remplie si la déclaration relatée a été faite dans des circonstances qui fournissent des garanties suffisantes de sa fiabilité. Tout particulièrement, les circonstances doivent neutraliser les dangers en matière de preuve qui ont de tout temps été associés au oui-dire. Comme l’a expliqué notre Cour dans *B. (K.G.)*, à la p. 787:

L’évolution des exceptions à la règle du oui-dire reconnues en common law donne à entendre que l’ad-

72

73

74

received, there must be some other fact or circumstance which compensates for, or stands in the stead of the oath, presence and cross-examination.

75 The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The function of the trial judge is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement. More specifically, the judge must identify the specific hearsay dangers raised by the statement, and then determine whether the facts surrounding the utterance of the statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for those dangers. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact.

76 We are persuaded that a witness's testimony before a preliminary inquiry will generally satisfy this threshold test of reliability since there are sufficient guarantees of trustworthiness. A preliminary inquiry will involve precisely the same issues and the same parties as the trial. The hearsay dangers associated with testimony in such an adjudicative proceeding are minimal. Preliminary inquiry testimony is given under oath, and is also subject to the adverse party's right to contemporaneous cross-examination. It is only tainted by the lack of the declarant's presence before the trier of fact. As this Court previously stressed in *B. (K.G.)*, at p. 792, the inability to observe the declarant's demeanour on the stand can handicap the trier of fact's ability to assess the credibility of the declarant:

When the witness is on the stand, the trier can observe the witness's reaction to questions, hesitation, degree of commitment to the statement being made, etc. Most importantly, and subsuming all of these factors, the trier can assess the relationship between the interviewer and the witness to observe the extent to which the testimony of the witness is the product of the investigator's questioning. Such subtle observations and cues cannot be

missibilité du oui-dire repose sur l'existence de certains autres faits ou circonstances qui remplacent le serment, la présence à l'audience et le contre-interrogatoire, ou qui en tiennent lieu.

Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. La tâche du juge du procès se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d'indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration. Plus particulièrement, le juge doit cerner les dangers spécifiques du oui-dire auxquels donne lieu la déclaration et déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstancielles de fiabilité pour contrebalancer ces dangers. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder.

Nous sommes convaincus qu'un témoignage recueilli à une enquête préliminaire permettra généralement de satisfaire à ce critère de seuil de fiabilité puisqu'il fournit suffisamment de garanties de fiabilité. En effet, au cours d'une enquête préliminaire, les questions en litige et les parties seront exactement les mêmes qu'au procès. Les dangers du oui-dire associés au témoignage dans une telle procédure décisionnelle sont minimes. À l'enquête préliminaire, le témoignage est fait sous serment et la partie adverse a la possibilité de contre-interroger le témoin au moment de la déclaration. La seule faiblesse que comporte ce témoignage est l'absence de son auteur devant le juge des faits. Comme notre Cour l'a fait ressortir dans *B. (K.G.)*, à la p. 792, l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement de l'auteur de la déclaration à la barre peut porter atteinte à sa capacité de juger de sa crédibilité:

Quand le témoin est à la barre, le juge des faits peut observer ses réactions aux questions, ses hésitations, il peut voir s'il est catégorique, etc. Fait plus important, qui subsume tous ces facteurs, le juge peut évaluer la relation entre celui qui pose les questions et le témoin, et mesurer dans quelle mesure le témoignage est le produit de l'interrogatoire. Ces observations et indications subtiles ne ressortent pas d'une transcription lue à l'au-

gleaned from a transcript, read in court in counsel's monotone, where the atmosphere of the exchange is entirely lost.

However, the existence of this sole danger is not fatal to the threshold reliability of prior testimony. In both *Smith* and *Khan*, the trier of fact was unable to observe the demeanour of the declarant, but this Court nonetheless found that surrounding indicia of reliability compensated for this disadvantage. Indeed, under many of the recognized exceptions to the hearsay rule, the trier of fact will not enjoy the opportunity to observe the declarant on the stand. See, e.g., *Ares v. Venner*, *supra* (business records exception). In our view, this limited danger is more than compensated by the circumstantial guarantees of trustworthiness inherent in the adversarial, adjudicative process of a preliminary inquiry. A declarant's statements before an inquiry are given under oath or affirmation before the adverse party, and the accuracy of the statement is certified by a written transcript which is signed by the judge. Most importantly, the statement is subject to contemporaneous cross-examination and, as Arbour J.A. noted, the party against whom the hearsay evidence is tendered has the power, at trial, to call the witness whose out-of-court statement is being offered. Indeed, it is difficult to imagine more reliable circumstances for a declarant to utter an out-of-court statement which is then tendered into evidence.

In this regard, it is worth repeating that the early common law was prepared to admit former testimony under certain circumstances, thus implicitly accepting the general reliability of former testimony notwithstanding the lack of the declarant's presence. In both the United States and Great Britain, legislators have concluded that testimony in preliminary hearings is sufficiently reliable to permit its substantive reception at trial. In Great Britain, Parliament has effectively codified the historical position of the common law through a number of statutes. See *Cross and Tapper on Evidence*, at p. 721. In the U.S., Rule 804(b)(1) of the *Federal Rules of Evidence* permits the use of the prior testi-

dience par un avocat sur un ton monocorde et faisant totalement abstraction du climat de l'échange.

Cependant, l'existence de ce seul danger n'a pas une incidence fatale sur le seuil de fiabilité du témoignage antérieur. Dans les arrêts *Smith* et *Khan*, le juge des faits n'avait pas pu observer le comportement de l'auteur de la déclaration, mais notre Cour a néanmoins conclu que d'autres indices de fiabilité contrebalançaient ce désavantage. En fait, un grand nombre des exceptions à la règle du oui-dire, feront en sorte que le juge des faits sera dans l'impossibilité d'observer l'auteur de la déclaration à la barre. Voir par exemple *Ares c. Venner*, précité (exception relative aux dossiers d'entreprise). À notre avis, ce danger limité est plus que contrebalancé par les garanties circonstancielles de fiabilité propres à la procédure décisionnelle de nature accusatoire que constitue l'enquête préliminaire. Les déclarations à une enquête préliminaire sont faites sous serment ou affirmation en présence de la partie adverse, et leur exactitude est attestée par une transcription écrite signée par le juge. Fait plus important, l'auteur peut être contre-interrogé au moment précis de la déclaration et, comme l'a dit le juge Arbour, la partie contre qui la preuve par oui-dire est présentée peut assigner comme témoin, au procès, l'auteur de la déclaration extrajudiciaire déposée. En fait, il est difficile de songer à des circonstances plus fiables dans lesquelles une personne peut faire une déclaration extrajudiciaire qui est ensuite déposée en preuve.

À cet égard, il vaut la peine de répéter qu'à l'origine, on était disposé en common law à admettre un témoignage antérieur dans certaines circonstances, acceptant ainsi implicitement la fiabilité générale malgré l'absence de l'auteur de la déclaration. Aux États-Unis et en Grande-Bretagne, le législateur estime qu'un témoignage reçu à l'enquête préliminaire est suffisamment fiable pour en permettre la réception quant au fond au procès. En Grande-Bretagne, le Parlement a codifié la position historique de la common law dans plusieurs lois. Voir *Cross and Tapper on Evidence*, à la p. 721. Aux États-Unis la règle 804(b)(1) des *Federal Rules of Evidence* permet l'utilisation du témoi-

mony of an unavailable witness through an exception to the hearsay rule where the adverse party had the opportunity to cross-examine the declarant. The U.S. Supreme Court has underscored the “guarantees of trustworthiness in the accouterments of the preliminary hearing itself”: *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980), at p. 73. McCormick stated that “few [hearsay] exceptions measure up in terms of the reliability of statements under former testimony”: *McCormick on Evidence*, at p. 322.

79 For these reasons, we find that a witness’s recorded testimony before a preliminary inquiry bears sufficient hallmarks of trustworthiness to permit the trier of fact to make substantive use of such statements at trial. The surrounding circumstances of such testimony, particularly the presence of an oath or affirmation and the opportunity for contemporaneous cross-examination, more than adequately compensate for the trier of fact’s inability to observe the demeanour of the witness in court. The absence of the witness at trial goes to the weight of such testimony, not to its admissibility.

80 In this instance, the statements of Graham were made under oath before a properly constituted preliminary inquiry, and they were subject to the opportunity of contemporaneous cross-examination by counsel for both Hawkins and Morin (an opportunity which appears to have been vigorously exercised in this instance). As well, the statements of Graham were transcribed under circumstances which support their authenticity. Accordingly, we find that the statements of Graham before the inquiry satisfy the criterion of reliability.

81 The trial judge held that Graham’s testimony before the preliminary inquiry was so inherently unreliable that it failed to pass the test of threshold reliability set out in *Khan, Smith and B. (K.G.)*. In his view, the value of her testimony was permanently corrupted as a result of its internal contradictions, and as a result of her exposure to numerous threats and inducements during the inquiry. We disagree with the trial judge’s application of

gnage antérieur d’un témoin absent par application d’une exception à la règle du oui-dire pourvu que la partie adverse ait eu la possibilité de contre-interroger l’auteur de la déclaration. La Cour suprême des États-Unis a souligné les [TRADUCTION] «garanties de fiabilité qu’offre le déroulement même de l’enquête préliminaire»: *Ohio c. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980), à la p. 73. McCormick a affirmé que [TRADUCTION] «peu d’exceptions [à la règle du oui-dire] sont à la hauteur pour ce qui est de la fiabilité de déclarations faites lors d’un témoignage antérieur»: *McCormick on Evidence*, à la p. 322.

Pour ces motifs, nous sommes d’avis qu’un témoignage enregistré lors d’une enquête préliminaire comporte suffisamment de garanties de fiabilité pour permettre au juge des faits d’en faire une utilisation quant au fond au cours du procès. Les circonstances entourant ce témoignage, tout particulièrement l’existence d’un serment ou d’une affirmation et la possibilité de contre-interrogatoire au moment de la déclaration font plus que contrebalancer l’impossibilité pour le juge des faits d’observer le comportement du témoin en cour. L’absence du témoin au procès influe sur le poids et non sur l’admissibilité du témoignage.

En l’espèce, Graham a fait ses déclarations sous serment à une enquête préliminaire régulièrement constituée et a pu, au moment précis de ces déclarations, être contre-interrogée par les avocats de Hawkins et de Morin (possibilité dont ils paraissent s’être vigoureusement prévalus en l’espèce). De plus, les déclarations de Graham ont été transcrites dans des circonstances qui appuient leur authenticité. Par conséquent, nous sommes d’avis que les déclarations de Graham à l’enquête préliminaire satisfont au critère de la fiabilité.

Le juge du procès a statué que le témoignage de Graham à l’enquête préliminaire était tellement peu fiable en soi qu’il ne satisfaisait pas au critère du seuil de fiabilité énoncé dans les arrêts *Khan, Smith et B. (K.G.)*. À son avis, la valeur de ce témoignage était irrémédiablement viciée vu ses contradictions internes et les nombreuses menaces et promesses dont Graham a fait l’objet au cours de l’enquête. Nous ne sommes pas d’accord avec

the principled framework. These considerations relate to the actual probative value of Graham's testimony, and thus relate to the question of "ultimate reliability" rather than "threshold reliability". As stressed previously, the test of threshold reliability is limited to an examination of the surrounding circumstances of the prior statements to determine whether there are sufficient guarantees of trustworthiness to counteract the traditional hearsay dangers. However, considerations of the weight and probative value of a declarant's statements may be relevant to the exercise of the trial judge's residual discretion to exclude evidence. Thus, we shall defer our analysis of the judge's conclusions on the inherent plausibility of Graham's testimony to our discussion of the court's residual discretion.

3. Initial Conclusions

In cases where the testimony of a witness before a preliminary inquiry is not rendered admissible by s. 715 of the *Code*, the testimony may still be substantially admissible at the ensuing trial under a principled exception to the hearsay rule if the witness's prior statements meet the dual requirements of "necessity" and "reliability". In our view, statements before the inquiry will generally be necessary at trial where the witness is no longer available to testify. Such prior statements will also generally be reliable where they were delivered under oath and subject to the opportunity of cross-examination within a larger adjudicative proceeding which promotes the search for truth. Accordingly, under the *Khan, Smith and B. (K.G.)* framework, a trial judge may permit the trier of fact to consider such statements for the truth of their contents if the witness could have offered such statements into evidence as a competent and available witness at trial according to the ordinary rules governing the admissibility of evidence. Where necessary, the trial judge should properly caution the jury in relation to the proper weight to be attached to such statements given the witness's lack of presence in court. The trial judge, of course, continues to be vested with the residual discretion to exclude

l'application que le juge du procès fait de l'analyse fondée sur des principes. Ces considérations se rapportent à la valeur probante même du témoignage de Graham, et donc à la question de la «fiabilité absolue» et non à celle du «seuil de fiabilité». Comme nous l'avons déjà fait ressortir, l'application du critère du seuil de fiabilité se limite à un examen des circonstances ayant entouré la prise des déclarations antérieures, de façon à déterminer si elles comportent suffisamment de garanties de fiabilité pour contrebalancer les dangers traditionnels du ouï-dire. Cependant, les questions du poids et de la valeur probante des déclarations d'une personne peuvent être pertinentes relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure la preuve. C'est pourquoi nous reportons l'analyse des conclusions du juge sur la plausibilité fondamentale du témoignage de Graham à notre examen du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal.

3. Les conclusions initiales

Lorsqu'un témoignage reçu à une enquête préliminaire n'est pas admissible en application de l'art. 715 du *Code*, il peut encore être admissible quant au fond au procès subséquent en vertu d'une exception de principe à la règle du ouï-dire, dans la mesure où les déclarations antérieures du témoin satisfont à la double exigence de «nécessité» et de «fiabilité». À notre avis, les déclarations faites à l'enquête seront généralement nécessaires au procès si le témoin ne peut plus témoigner. En outre, ces déclarations antérieures seront généralement fiables si elles ont été faites sous serment et accompagnées d'une possibilité de contre-interrogatoire dans le cadre d'une procédure décisionnelle qui favorise la recherche de la vérité. Par conséquent, conformément à l'analyse formulée dans les arrêts *Khan, Smith et B. (K.G.)*, le juge du procès peut permettre au juge des faits d'examiner ces déclarations pour déterminer la véracité de leur contenu si le témoin avait pu présenter ces déclarations à titre de témoin habile à témoigner et présent au procès, selon les règles ordinaires d'admissibilité de la preuve. Au besoin, le juge du procès devrait faire une mise en garde appropriée au jury quant au poids devant être accordé à ces déclarations vu l'absence du témoin en cour. Le juge du

such statements where their probative value is outweighed by their risk of prejudice.

83

For the purposes of these appeals, we are not called upon to decide whether testimony given in a prior adjudicative proceeding other than a preliminary inquiry may be similarly received into evidence at a criminal trial under a principled exception to the hearsay rule. See, e.g., *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at pp. 852-55, *per* Cory J. (admissibility of prior deposition in absence of cross-examination in context of war crime prosecution). Similarly, it is unnecessary to determine whether testimony delivered before a preliminary inquiry in one criminal proceeding may be read into evidence at a criminal trial in a separate criminal proceeding (i.e., a trial involving a different charge, or a different accused). Finally, we have not considered whether and under what circumstances a witness's preliminary inquiry testimony may be admitted for its substantive use as a prior inconsistent statement in accordance with the principles of *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)*. See *R. v. Clarke* (1993), 82 C.C.C. (3d) 377 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *aff'd* (1994), 95 C.C.C. (3d) 275 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1995] 3 S.C.R. vi.

84

In this instance, we are persuaded that Graham's statements before the inquiry on September 7 and 8, 1988, and January 19 and February 20, 1989, are sufficiently necessary and reliable to permit the Crown to make substantive use of such statements at trial under a principled exception to the hearsay rule. We also hold that the body of Graham's statements was properly admissible as direct testimony before the preliminary inquiry. The substance of her incriminating statements represented party admissions (i.e., "Hawkins told me X"), which fall under a recognized exception to the hearsay rule. To the extent that some of her statements may have been improperly received before the inquiry under the ordinary rules governing the admissibility of

procès continue, bien entendu, de disposer du pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter ces déclarations si leur valeur probante a moins de poids que le risque de préjudice.

Pour les fins des présents pourvois, nous n'avons pas à décider si un témoignage fait lors d'une procédure décisionnelle antérieure autre qu'une enquête préliminaire peut, en vertu d'une exception de principe à la règle du ouï-dire, être reçu en preuve dans un procès criminel. Voir par exemple, *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, aux pp. 852 à 855, le juge Cory (l'admissibilité d'une déposition antérieure en l'absence d'un contre-interrogatoire dans le contexte de poursuites relatives à des crimes de guerre). De même, il n'est pas nécessaire de déterminer si le témoignage reçu lors de l'enquête préliminaire dans le cadre d'une procédure criminelle peut être lu à titre de preuve dans un procès criminel distinct (c.-à-d. un procès pour une accusation différente ou contre un accusé différent). Enfin, nous n'avons pas examiné en l'espèce si un témoignage fourni à l'enquête préliminaire peut être admis comme preuve de fond à titre de déclaration antérieure incompatible conformément aux principes formulés dans les arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)* ni dans quelles circonstances il pourrait y avoir une telle admission. Voir *R. c. Clarke* (1993), 82 C.C.C. (3d) 377 (C. Ont. (Div. gén.)), *conf. par* (1994), 95 C.C.C. (3d) 275 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1995] 3 R.C.S. vi.

En l'espèce, nous sommes convaincus que les déclarations que Graham a faites à l'enquête préliminaire les 7 et 8 septembre 1988, le 19 janvier et le 20 février 1989 sont suffisamment nécessaires et fiables pour que le ministère public puisse, en vertu d'une exception de principe à la règle du ouï-dire, les utiliser quant au fond au cours du procès. Nous statuons aussi que la majeure partie des déclarations de Graham était régulièrement admissible à titre de témoignage direct fourni à l'enquête préliminaire. Les déclarations incriminantes qu'elle a faites étaient essentiellement des aveux faits par une partie à l'instance («Hawkins m'a dit X»), exception reconnue à la règle du ouï-dire. Dans la mesure où certaines des déclarations de

evidence, they should not then be admitted at trial under the principled hearsay framework. Thus, it will be open to the co-appellants to object to the reception of specific statements on this basis during their new trial.

4. The Trial Judge's Residual Discretion

It remains to be seen whether the trial judge ought to have nonetheless excluded Graham's evidence before the inquiry under his residual discretion at common law. Even where a particular hearsay statement satisfies the criteria for necessity and reliability under the reformed framework, the statement remains subject to the judge's residual discretion to exclude the statement where "its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused": *Smith, supra*, at p. 937. The existence of this discretion, of course, is constitutionalized by the guarantee of a fair trial under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at p. 579. And as underscored by McLachlin J. in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 610, the meaning of "prejudice" must be broadly understood as encompassing both prejudice to the accused and prejudice to the trial process itself.

In his discussion of the court's residual discretion under both s. 715 and the principled framework, the trial judge suggested that the admission of the transcripts of Graham's prior testimony at trial would result in undue prejudice to the co-appellant Hawkins. It was submitted that the probative value of her testimony was slight in light of the direct contradictions within her testimony and her exposure to numerous outside influences. This probative value was arguably further diminished by the inability of the trier of fact to assess the credibility of Graham on the stand. Furthermore, the trial judge found that the reception of such evidence would result in unfairness to Hawkins, as it

Graham peuvent avoir été reçues de façon irrégulière à l'enquête compte tenu des règles ordinaires d'admissibilité de la preuve, elles ne devraient pas être admises au procès dans le cadre de l'analyse fondée sur des principes en matière de oui-dire. En conséquence, au cours du nouveau procès, les coappellants pourront sur ce fondement s'opposer à la réception de certaines déclarations données.

4. Le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès

Il reste à déterminer si, en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel en common law, le juge du procès aurait dû néanmoins exclure le témoignage de Graham recueilli à l'enquête préliminaire. Même dans le cas où une déclaration relatée particulière satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité en vertu de l'analyse réformée, cette déclaration est toujours assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge d'exclure la déclaration lorsque «sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu»: *Smith*, précité, à la p. 937. L'existence de ce pouvoir discrétionnaire est, bien entendu, constitutionnalisée par l'inscription du droit à un procès équitable à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*: *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, à la p. 579. De plus, comme le juge McLachlin l'a fait ressortir dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 610, il faut interpréter le «préjudice» d'une façon large de façon à englober à la fois le préjudice causé à l'accusé et celui causé au procès même.

Dans son examen du pouvoir discrétionnaire résiduel prévu à l'art. 715 et de l'analyse fondée sur des principes, le juge du procès s'est dit d'avis que l'admission au procès des transcriptions du témoignage antérieur de Graham causerait un préjudice indu au coappellant Hawkins. Il a soutenu que la valeur probante du témoignage de Graham était faible compte tenu des contradictions directes qu'il contenait et des nombreuses influences extérieures qui avaient été exercées sur elle. Il a aussi affirmé que cette valeur probante se trouvait davantage diminuée en raison de l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer la crédibilité de Graham à la barre. Par ailleurs, le juge du procès a

would indirectly undermine the operation of the spousal incompetency rule and endanger the harmony of his “on-going successful” marriage with Graham. The majority of the Court of Appeal disagreed, holding that the admission of such testimony under a principled exception would not operate unfairly against the co-appellants Hawkins and Morin.

conclu que la réception de cette preuve serait inéquitable pour Hawkins puisqu'elle porterait indirectement atteinte à l'application de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et compromettrait l'harmonie de son mariage «heureux» avec Graham. La Cour d'appel à la majorité n'était pas d'accord, statuant que l'admission de ce témoignage en vertu d'une exception de principe n'aurait pas d'effet inéquitable sur les coappellants Hawkins et Morin.

87 We find that the trial judge should not have exercised his discretion to exclude the evidence of Graham's testimony before the preliminary inquiry. In our view, the risk of undue prejudice arising from Graham's testimony did not substantially exceed the potential probative value of such evidence at trial.

Nous concluons que le juge du procès n'aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire d'exclure de la preuve le témoignage de Graham recueilli à l'enquête préliminaire. À notre avis, le risque de préjudice indu découlant du témoignage de Graham n'était pas beaucoup plus important que l'éventuelle valeur probante de cette preuve au procès.

(a) *Probative Value*

a) *La valeur probante*

88 To begin, we do not accept that Graham's prior testimony was devoid of probative value as a result of the internal contradictions of her testimony. The simple fact of recantation, in our view, does not provide a basis for the exclusion of a witness's testimony. Indeed, if it were otherwise, it is difficult to see how a prior inconsistent statement which met the requirements of *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)* could ever survive exclusion under a trial judge's residual discretion. In a typical situation of a recantation on the stand, the trier of fact will be able to observe the witness's contradictory testimony under both direct examination and cross-examination. Notwithstanding the internal inconsistencies of such testimony, the trier of fact may reasonably conclude on the basis of all the evidence before it that the witness's original story ought to be preferred over the witness's subsequent recantation, or vice versa.

Nous tenons tout d'abord à préciser que nous ne croyons pas que le témoignage antérieur de Graham était dépourvu de valeur probante à cause de ses contradictions internes. À notre avis, la simple existence d'une rétractation ne constitue pas un motif d'exclure le témoignage d'une personne. En fait, si tel n'était pas le cas, il serait difficile de voir comment une déclaration antérieure incompatible qui satisfait aux exigences des arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)* pourrait ne pas être exclue en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès. Dans une situation typique de rétractation à la barre, le juge des faits pourra observer la déposition contradictoire du témoin au cours tant de l'interrogatoire principal que du contre-interrogatoire. Malgré les contradictions internes d'un tel témoignage, le juge des faits peut raisonnablement conclure, sur le fondement de l'ensemble de la preuve, qu'il y a lieu de retenir la version initiale du témoin plutôt que la rétractation subséquente, ou vice versa.

89 In this instance, even in the absence of Graham's presence in court, we believe that the transcripts of the inquiry have probative value in determining whether or not the co-appellants committed the alleged offences. The trier of fact will

En l'espèce, nous sommes d'avis que, même en l'absence de Graham devant le tribunal, les transcriptions du témoignage qu'elle a rendu à l'enquête préliminaire ont une valeur probante pour déterminer si les coappellants ont commis ou non

still be able to scrutinize the content of Graham's transcribed testimony, including her choice of words and verbal hesitations, under both direct and cross examination. When these transcripts are viewed in light of the other surrounding evidence presented by the Crown, the trier of fact may still be able to conclude reasonably that one of her contradictory versions of events ought to be preferred over the other. Additionally, Graham's preliminary inquiry testimony has probative value in relation to the matters in respect of which she did not contradict herself (e.g. Hawkins' propensity for abuse and Hawkins' general knowledge of Morin).

Finally, we do not agree that Graham's exposure to numerous outside influences deprived her testimony of its potential probative value. We are not persuaded that the myriad of individuals pressuring Graham so contaminated her testimony that she was reduced to a mere puppet of outside interests. Furthermore, there was no evidence that the police or Hawkins elicited her testimony by direct inducement or by coercion. In summary, notwithstanding the contradictions in and outside influences upon Graham's testimony, we find that the trier of fact may indeed derive significant probative value from her statements at the preliminary inquiry. The trier is ultimately free to discount select portions of her former testimony, or to reject her testimony in its entirety, based on their findings of credibility. But we are not persuaded that Graham's testimony was so corrupted and its evidentiary value so slight that a reasonable and well-instructed jury would be unable to draw any inferences from it.

(b) *Prejudice and Unfairness*

The trial judge found that Hawkins would suffer undue prejudice from the admission of Graham's former testimony since the admission of such evidence would effectively remove the legal protection Hawkins enjoys under the spousal incompe-

les infractions reprochées. Le juge des faits pourra toujours examiner le contenu de la transcription du témoignage de Graham, y compris son choix de termes et ses hésitations verbales, tant lors de l'interrogatoire principal que du contre-interrogatoire. Lorsqu'il examinera ces transcriptions par rapport aux autres éléments de preuve présentés par le ministère public, le juge des faits pourra encore raisonnablement conclure que l'une des versions contradictoires devrait être préférée à l'autre. De plus, le témoignage de Graham à l'enquête préliminaire a une valeur probante quant aux autres questions sur lesquelles elle ne s'est pas contredite (par exemple, la tendance à la violence de Hawkins et la connaissance générale que Hawkins avait de Morin).

Enfin, nous ne croyons pas que les nombreuses influences extérieures exercées sur Graham aient privé son témoignage de son éventuelle valeur probante. Nous ne sommes pas convaincus que les nombreuses personnes qui ont exercé des pressions sur Graham ont à ce point influé sur son témoignage qu'elle était pour ainsi dire devenue le pantin d'intérêts extérieurs. Par ailleurs, il n'existait aucune preuve que la police ou Hawkins ait obtenu son témoignage par des promesses directes ou par la contrainte. Bref, malgré les contradictions dans le témoignage de Graham et les influences extérieures qu'elle a subies, nous croyons que le juge des faits peut fort bien accorder une valeur probante importante aux déclarations qu'elle a faites à l'enquête préliminaire. Sur le fondement de ses conclusions quant à la crédibilité, le juge des faits est en fin de compte libre d'exclure certaines parties du témoignage antérieur ou de le rejeter en totalité. Cependant, nous ne sommes pas convaincus que le témoignage de Graham était tellement vicié et avait une valeur probante si faible qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées serait incapable d'en tirer des conclusions.

b) *Le préjudice et l'iniquité*

Le juge du procès a conclu que l'admission du témoignage antérieur de Graham causerait un préjudice indu à Hawkins puisqu'il se trouverait alors effectivement privé de la protection légale dont il bénéficie en vertu de la règle de l'incapacité du

tency rule. Specifically, Philp J. reasoned that, if the Crown is precluded from calling Graham as a competent witness at trial out of respect for Hawkins' marital harmony, then that same respect should prevent the Crown from reading Graham's preliminary inquiry testimony into evidence.

92 The Court of Appeal, by contrast, saw no unfairness to the accused. As Arbour J.A. stated (at pp. 243-44): "Cherie Graham cannot be called by the Crown to give evidence. It does not follow, however, that her evidence is inadmissible if it can be put before the court by some other means".

93 We should first point out that there has been no evidence indicating how the admission of Graham's preliminary inquiry testimony would actually prejudice the accused and the trial process. It is only this sort of prejudice that is relevant to the exercise of discretion. Nonetheless, to this point, the concern has been whether admitting Graham's statements would result in any "unfairness" and undermine the accused's relationship with her. In this respect, we agree with the conclusions of the Court of Appeal. The reception of Graham's prior testimony through a principled exception to the hearsay rule would not result in undue unfairness to the co-appellant. The admission of the transcripts at trial would not undermine the established protection of the spousal incompetency rule. The rule serves to protect the appellant's dual interests in preserving his marital harmony and in avoiding the "natural repugnance" of having his spouse testify against him in the course of the marriage. But neither of those interests is threatened in this instance.

94 If Graham was compelled to testify at trial for the prosecution following her marriage with Hawkins, his marital harmony would indeed be jeopardized. However, we do not believe that his marital bond would be similarly threatened if the prosecution simply read into evidence the testi-

conjoint à témoigner. Plus particulièrement, le juge Philp a posé comme raisonnement que si, par respect pour l'harmonie conjugale de Hawkins, le ministère public ne peut assigner Graham comme témoin habile à témoigner au procès, alors ce même respect devrait empêcher le ministère public de lire à titre de preuve le témoignage reçu de Graham à l'enquête préliminaire.

Par contre, la Cour d'appel n'était pas d'avis que la situation était inéquitable pour l'accusé. Comme l'a affirmé le juge Arbour (aux pp. 243 et 244): «Cherie Graham ne peut être assignée à témoigner par le ministère public. Cependant, il ne s'ensuit pas que son témoignage est inadmissible s'il peut être présenté au tribunal par un autre moyen».

Nous tenons tout d'abord à signaler qu'aucune preuve n'a été présentée indiquant de quelle façon l'admission du témoignage que Graham a fourni à l'enquête préliminaire porterait préjudice à l'accusé et au procès. C'est là le seul genre de préjudice qui est pertinent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cependant, jusqu'ici, on s'est préoccupé de savoir si l'admission des déclarations de Graham entraînerait une «iniquité» et nuirait à la relation de l'accusé avec celle-ci. À cet égard, nous sommes d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel. La réception du témoignage antérieur de Graham en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire n'entraînerait pas d'iniquité indue pour le coappellant. L'admission des transcriptions au procès n'irait pas à l'encontre de la protection offerte en vertu de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Cette règle sert à protéger le double intérêt de l'appellant, soit celui de préserver l'harmonie conjugale et d'éviter la «répugnance naturelle» de Hawkins à voir sa conjointe témoigner contre lui pendant qu'ils sont mariés. Cependant, ni l'un ni l'autre de ces intérêts n'est menacé en l'espèce.

Si Graham était contrainte à témoigner au procès pour le poursuivant ultérieurement à son mariage avec Hawkins, l'harmonie conjugale serait effectivement compromise. Cependant, nous ne croyons pas que le lien matrimonial serait mis en danger si le poursuivant ne faisait que lire à titre

mony which Graham willingly gave before an adjudicative proceeding prior to the marriage.

It is hard to accept, conceptually or practically, that Graham's testimony caused any lasting disharmony between them, when one reviews the sequence of events and the conduct of the parties. The preliminary inquiry was held on September 7 and 8, 1988. Graham appeared voluntarily as a witness for the Crown. She later appeared before the resumed inquiry in early 1989 and partially recanted her previous testimony. She did not retract her previous statements in relation to her fear of Hawkins, his threats of abuse and violence, his friendly connections with Morin, his threats to her life and her discussions with Hawkins on marriage as a means for preventing her from testifying at trial. Despite these incriminating words of Graham's, Hawkins nonetheless married Graham on March 31, 1989. If this previous testimony did not irreparably harm their romantic and emotional bond prior to their nuptials, looking at all the circumstances, it is difficult to see how the production of transcripts accurately recounting this testimony would do so now.

Furthermore, it is difficult to see how the admission of the transcripts would result in an incident of "natural repugnance" to the marriage. As Wigmore explained this second surviving justification of the spousal incompetency rule, the law must prevent the inherent human harshness in permitting an accused's spouse to assume the stand to assist in the accused's prosecution. But since the Crown may not call or compel Graham to assume the stand, Graham is not being conscripted and the threat of a repugnant spectacle is avoided. In short, the operation of the principled exception to the hearsay rule would not thwart the purposes underlying the spousal competency rule.

de preuve le témoignage que Graham a volontairement donné dans le cours d'une procédure décisionnelle avant le mariage.

Lorsque l'on examine la chronologie des événements et la conduite des parties, il est difficile de croire, d'un point de vue conceptuel ou pratique, que le témoignage de Graham a causé un désaccord durable entre les conjoints. L'enquête préliminaire a eu lieu les 7 et 8 septembre 1988. Graham a comparu volontairement à titre de témoin pour le poursuivant. Elle a plus tard comparu de nouveau à la reprise de l'enquête au début de 1989 et a partiellement rétracté son témoignage précédent. Elle n'a pas rétracté ses déclarations antérieures relatives à la crainte qu'elle avait de Hawkins, à ses menaces de violence, à l'amitié qui existait entre Hawkins et Morin, aux menaces de mort que Hawkins avait proférées à son égard et à la possibilité de mariage dont elle avait discuté avec Hawkins comme moyen de l'empêcher de témoigner au procès. Malgré ce témoignage incriminant de Graham, Hawkins l'a néanmoins épousée le 31 mars 1989. Si ce témoignage antérieur n'a pas irrémédiablement détruit leur liaison romantique et amoureuse avant le mariage, il est difficile de voir, compte tenu de toutes les circonstances, comment la production des transcriptions précises de ce témoignage aurait maintenant cet effet.

Par ailleurs, il est difficile de voir comment l'admission des transcriptions créerait une «répugnance naturelle» relativement au mariage. Selon l'explication que Wigmore a donnée de cette deuxième justification, toujours valide, de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, la loi doit éviter la rigueur sur le plan humain que constituerait le fait de permettre au conjoint d'un accusé de témoigner pour venir en aide au poursuivant. Cependant, puisque le ministère public ne peut assigner ni contraindre Graham à témoigner, celle-ci n'est pas forcée et la menace d'une scène répugnante se trouve évitée. Bref, l'application de l'exception de principe à la règle du *ouï-dire* n'irait pas à l'encontre des objets qui sous-tendent la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner.

(c) *Conclusion*

97

In the balance of considerations, and notwithstanding considerations of “unfairness” to the accused in his marital relationship, the risk of prejudice arising from the admission of Graham’s preliminary inquiry testimony did not significantly exceed the potential probative value of such evidence at trial. The trial judge should not have exercised his residual discretion to exclude her testimony, and the transcripts ought to have been put to the trier of fact, subject to appropriate safeguards and instructions. The Crown, of course, would be obliged to present Graham’s preliminary inquiry testimony before the trier of fact in its entirety (i.e., both of her appearances). We reiterate that the credibility of Graham at various points during the inquiry and the ultimate weight to be attached to her evidence remain within the province of the trier of fact.

VI. Conclusions and Disposition

98

We have reached the following conclusions. The Court of Appeal was correct in concluding that Graham was an incompetent witness for the Crown, and that an exception to the common law rule of spousal incompetence should not be made on the facts of this case. However, with respect, the Court of Appeal did err in holding that the transcripts of Graham’s preliminary inquiry could be read in at trial under s. 715 of the *Criminal Code*. But the Court of Appeal was correct in its alternative conclusion that the substance of the transcripts could be read into evidence at common law under a principled exception to the hearsay rule. The reception of the transcripts at trial would not result in unfairness to either of the co-appellants. The Crown was entitled to put the transcripts before the trier of fact for the truth of their contents, subject to appropriate considerations and instructions relating to weight.

c) *Conclusion*

Dans la pondération des considérations, et nonobstant celles qui touchent l’«iniquité» envers l’accusé relativement à sa relation matrimoniale, le risque de préjudice découlant de l’admission du témoignage de Graham recueilli à l’enquête préliminaire n’avait pas beaucoup plus de poids que l’éventuelle valeur probante de ce témoignage au procès. Le juge du procès n’aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel d’exclure le témoignage de Graham et les transcriptions auraient dû être soumises au juge des faits, sous réserve de mises en garde et de directives appropriées. Il va sans dire que le ministère public serait tenu de présenter au juge des faits dans son intégralité le témoignage de Graham recueilli à l’enquête préliminaire (c.-à-d. au cours de ses deux comparutions). Nous répétons qu’il appartient au juge des faits de juger de la crédibilité de Graham aux divers moments de l’enquête et du poids devant finalement être accordé à son témoignage.

VI. Conclusions et dispositif

Nous sommes arrivés aux conclusions qui suivent. La Cour d’appel a eu raison de conclure que Graham était inhabile à témoigner pour le poursuivant et que les faits en l’espèce ne permettaient pas de faire une exception à la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Cependant, en toute déférence, la Cour d’appel a commis une erreur en statuant que les transcriptions du témoignage reçu de Graham à l’enquête préliminaire pouvaient être lues à titre de preuve en vertu de l’art. 715 du *Code criminel*. Mais la Cour d’appel a eu raison de conclure subsidiairement que l’essentiel des transcriptions pouvait être lu en preuve en common law en vertu d’une exception de principe à la règle du ouï-dire. La réception de ces transcriptions au procès ne serait inéquitable pour aucun des coappellants. Le ministère public avait le droit de présenter les transcriptions au juge des faits comme preuve de la véracité de leur contenu, sous réserve de considérations et de directives appropriées relativement à leur poids.

We accordingly dismiss the appeals and affirm the order of a new trial.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I agree with Justice L'Heureux-Dubé and simply wish to add two observations.

The first has to do with the issues concerning whether the wife is a competent and compellable witness. As L'Heureux-Dubé J. points out, the wife in this case is unwilling to testify, so it is in strictness only necessary to address the question of compellability. The issue of competency would raise issues on a quite different plane. A rule prohibiting a spouse from testifying if he or she so wishes raises serious questions about whether it unreasonably infringes on a person's liberty and equality interests protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Such an infringement would, in my view, require justification at a level akin to that followed in the case of an alleged breach of *Charter* rights by legislative means; see my comments in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 891-92. This would seem to me to raise a very significant challenge, one that could, however, be avoided by adapting the common law to limit the rule to cases of compulsion.

My second point relates to the wife's evidence given voluntarily at the preliminary hearing. I do not have to get into the issue of whether or not it is hearsay. If it is hearsay, I agree that it is admissible under the principled exception to the hearsay rule. If it is not hearsay, it is highly relevant evidence and I see no reason to reject it: it was not covered by the rule of spousal immunity, and the considerations that favour its admission under the principled exception to the hearsay rule militate against exclusion under the broad discretionary rule described in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, and *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525.

Nous sommes en conséquence d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, mais je voudrais simplement ajouter deux observations.

La première a trait à la question de savoir si l'épouse est un témoin habile à témoigner et contraignable. Comme l'affirme le juge L'Heureux-Dubé, l'épouse ne veut pas témoigner en l'espèce et nous n'avons, à strictement parler, qu'à examiner la question de la contraignabilité. L'habilité à témoigner soulèverait des questions d'un tout autre ordre. Une règle qui interdit à un conjoint de témoigner lorsqu'il le désire soulève de sérieuses questions quant à savoir si elle porte abusivement atteinte aux droits à la liberté et à l'égalité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une telle atteinte devrait, à mon avis, être justifiée d'une façon qui s'apparente à celle qui est suivie dans le cas d'une prétendue violation, dans un texte législatif, de droits garantis par la *Charte*; voir mes commentaires dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 891 et 892. À mon avis, cet exercice semblerait soulever un défi fort important, mais qui pourrait être évité par une adaptation de la common law qui aurait pour effet de restreindre l'application de la règle aux cas de contrainte.

Ma seconde observation concerne le témoignage volontaire de l'épouse à l'enquête préliminaire. Je n'ai pas à examiner s'il s'agit ou non de ouï-dire. Si c'est le cas, je suis d'accord que cette preuve est admissible en vertu de l'exception de principe à la règle du ouï-dire. Si ce n'est pas le cas, c'est une preuve fort pertinente et je ne vois aucun motif de la rejeter: elle n'est pas visée par la règle de l'immunité conjugale, et les considérations favorables à l'admission de cette preuve en application de l'exception de principe à la règle du ouï-dire militent contre son exclusion en vertu de la règle générale relative au pouvoir discrétionnaire décrite dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, et *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

99

100

101

102

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

103 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises the issue of the scope and extent of the spousal incompetence rule in criminal cases. I have read the reasons for judgment of my colleagues, and I agree with the Chief Justice and Justice Iacobucci that these appeals should be dismissed. I come to this result, however, by a different route, and wish to elaborate upon what I see as the key issue in this case: when can statements made by a spouse prior to trial be admitted for their substantive content as exceptions to the hearsay rule?

104 Before addressing this issue, I wish to note that I am in substantial agreement with the Chief Justice and Iacobucci J. regarding the first two issues raised in this case. On the question of whether the appellant's spouse in this case could be compelled to testify, I agree that given the evidence of a valid marriage between the appellant and his spouse, the common law should not be varied to allow the Crown to compel this witness's testimony. I am also of the view that s. 715 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not offer an opportunity to admit the preliminary inquiry testimony in this case.

105 The question that remains, therefore, is whether the statements made at the preliminary inquiry, while the witness was not yet — although she later became — the spouse of the appellant, can nonetheless be admitted as an exception to the rule against hearsay, as developed by this Court in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. The Chief Justice and Iacobucci J. have determined that the preliminary inquiry testimony is both reliable and necessary, thus fulfilling the criteria to admit hearsay evidence. I agree with this conclusion. The issue that separates them from the opinion of Justice Major is whether, despite the indicia of reliability and necessity, the evidence should nevertheless be excluded as it offends the

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Les présents pourvois soulèvent la question de la portée et de l'étendue de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner en matière pénale. J'ai lu les motifs de mes collègues et, comme le Juge en chef et le juge Iacobucci, j'estime qu'il y a lieu de rejeter les pourvois quoique pour des motifs différents. Je désire aussi ajouter des commentaires sur ce que je considère être la principale question en litige en l'espèce: quand les déclarations faites par un conjoint avant procès peuvent-elles être admises comme preuve de leur contenu à titre d'exceptions à la règle du ouï-dire?

Avant d'examiner cette question, je tiens à préciser que je suis essentiellement d'accord avec le Juge en chef et le juge Iacobucci relativement aux deux premières questions soulevées. En ce qui concerne la question de savoir si l'épouse de l'appelant pouvait ici être contrainte à témoigner, je suis d'accord que la règle de common law ne devrait pas être modifiée pour permettre au ministre public de la contraindre à témoigner vu la preuve de l'existence d'un mariage valide entre l'appelant et son épouse. Je suis également d'avis que l'art. 715 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne permet pas d'admettre en preuve le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire dans la présente cause.

Il reste donc à déterminer si les déclarations faites à l'enquête préliminaire par un témoin qui n'était pas encore à cette époque l'épouse de l'appelant — mais qui l'est devenue par la suite — peuvent, néanmoins, être admises à titre d'exception à la règle du ouï-dire que notre Cour a formulée dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Le Juge en chef et le juge Iacobucci sont d'avis que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire est à la fois fiable et nécessaire, satisfaisant ainsi aux critères d'admission de la preuve par ouï-dire. Je suis d'accord avec cette conclusion. Leur divergence de vues avec le juge Major consiste à savoir si la preuve devrait, malgré les indices de fiabilité et de nécessité, être néan-

spirit and purpose of the spousal incompetence rule.

Both opinions address this residuary question quite differently. The Chief Justice and Iacobucci J. deal with it under the rubric of “fairness”. They ultimately conclude that the trial judge exercised a discretion to exclude the evidence on this ground, but was incorrect in so doing. Fairness, as defined, apparently depends upon whether an accused can establish that his marriage would suffer in a way which is incompatible with the goals behind the spousal incompetence rule. Since in this case it was not demonstrated, the Chief Justice and Iacobucci J. conclude that the evidence should have been properly admitted.

Major J. approaches this question from a notably different perspective. In his view, the question of discretion does not have to be addressed. He would preclude the Crown from ever admitting the hearsay evidence of a husband or wife. According to him, given that the policy behind the common law rule is designed to prevent spouses from having to provide evidence against each other, it should not be confined solely to testimony at trial; rather it should effectively bar one spouse from helping to convict the other, regardless of how that evidence is provided.

While I am unable to agree with his ultimate conclusions, I prefer the approach of Major J. in this case. The admission of evidence through a hearsay exception should not depend in any way upon an abstract measuring of “unfairness” to the accused. In my view, it is not open to an accused to argue that he or she will be unfairly convicted merely because a rule of evidence, in this case the spousal incompetence rule, did not apply in his or her favour. The position of the Chief Justice and Iacobucci J. is also fraught with evidentiary difficulties. In most cases, a determination of “unfairness” would depend on a speculative appraisal of the potential for damage to an accused’s marriage because of the admission of a statement made prior

moins écartée comme allant à l’encontre de l’esprit et de l’objet de la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner.

L’une et l’autre des opinions abordent cette question résiduaire fort différemment. Le Juge en chef et le juge Iacobucci l’examinent du point de vue de l’«équité». Ils concluent finalement que le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire sur cette base pour écarter la preuve mais qu’il a eu tort de le faire. L’équité exige apparemment, selon l’interprétation qu’ils lui donnent, qu’un accusé soit en mesure d’établir que son mariage subirait un préjudice incompatible avec les objectifs sous-jacents à la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner. Comme ce fait n’a pas été établi en l’espèce, le Juge en chef et le juge Iacobucci estiment que la preuve aurait dû à bon droit être admise.

Le juge Major aborde cette question à partir d’une perspective tout à fait différente. À son avis, la question du pouvoir discrétionnaire n’a pas à être considérée. Il estime que le ministère public est forclos de présenter la preuve par ouï-dire d’un conjoint. Selon lui, puisque le principe à la base de la règle de common law vise à empêcher les conjoints de témoigner l’un contre l’autre, cette règle ne devrait pas s’appliquer uniquement au témoignage en cour; en fait, elle devrait empêcher un conjoint d’aider à faire déclarer l’autre coupable, quelle que soit la façon dont la preuve est présentée.

Bien que je ne puisse souscrire aux conclusions du juge Major, je préfère son approche. L’admission d’un témoignage par application d’une exception à la règle du ouï-dire ne devrait en aucune façon être liée à l’application d’un concept abstrait d’«iniquité» envers l’accusé. À mon avis, il n’est pas loisible à un accusé de soutenir qu’il sera inégalement déclaré coupable simplement parce qu’une règle de preuve — en l’espèce, la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner — ne s’appliquait pas en sa faveur. La position du Juge en chef et du juge Iacobucci présente aussi nombre de difficultés sur le plan de la preuve. Dans la plupart des cas la détermination de l’«iniquité» ne serait que pure spéculation en ce qui a trait au risque de

106

107

108

to trial by his or her spouse. This potential harm would be almost impossible to predict: David Medine, "The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a 'Sentimental Relic'" (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519, at p. 555. An analysis of the theoretical disruption of an accused's marriage on a case-by-case basis is simply an inadequate manner to proceed with this problem.

109 I agree with Major J. that the threshold question which must be asked is whether such evidence is precluded from being admitted because it is barred by the spousal incompetence rule. If the answer to this question is in the negative, there is no need to consider "fairness" on a case-by-case basis. I note that this issue has been dealt with at length in the United States and by lower courts and has always proceeded in the manner I have set out; see for example: *United States v. Archer*, 733 F.2d 354 (5th Cir. 1984); *R. v. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147 (Q.B.).

110 In addressing this issue, it is essential to keep the hearsay question analytically distinct from the issue of spousal competence. For example, here, the Crown legally obtained evidence from a witness, in the form of testimony at a preliminary inquiry. Because of the spousal incompetence rule, the Crown was precluded from calling this witness at trial. Nevertheless, the statement still existed as evidence in a tangible form, and an attempt was then made to introduce it. While, generally, statements of this sort cannot be led at trial because of the hearsay rule, it is not so where the evidence fits into a recognized exception. This is a proper manner of adducing evidence, and if the preliminary inquiry testimony is not prohibited by the hearsay rule, it should be admitted unless some other rule of evidence prevents this route.

111 Given this approach, I have some difficulty with Major J.'s repeated concern that this evidence is going through "the back door". With respect, admitting evidence through a hearsay exception

préjudice que l'admission d'une déclaration, faite par un conjoint antérieurement au procès, aurait sur le mariage d'un accusé. Il serait pratiquement impossible de prédire ce risque de préjudice: David Medine, «The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a «Sentimental Relic»» (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519, à la p. 555. Une analyse cas par cas de la perturbation théorique du mariage d'un accusé ne constitue tout simplement pas une façon appropriée de régler ce problème.

Je suis d'accord avec le juge Major que la question préliminaire est de savoir si la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner empêche l'admission d'une telle preuve. Si la réponse est négative, la question de l'«équité» cas par cas ne se pose pas. Je tiens à préciser que cette question a été examinée à fond aux États-Unis ainsi que par des tribunaux d'instance et que l'analyse suivie a toujours été celle que j'ai exposée; voir par exemple: *United States c. Archer*, 733 F.2d 354 (5th Cir. 1984); *R. c. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147 (B.R.).

Dans l'examen de cette question, il est essentiel de tenir la question du oui-dire analytiquement séparée de celle de l'habilité à témoigner des conjoints. Par exemple, en l'espèce, le ministère public a légalement obtenu une preuve d'un témoin par le biais du témoignage rendu à l'enquête préliminaire. Par application de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, le ministère public ne pouvait assigner cette personne à témoigner au procès. Néanmoins, la déclaration existait toujours sous une forme tangible, et l'on a tenté de la mettre en preuve. En général, de telles déclarations ne peuvent être mises en preuve au procès en raison de la règle du oui-dire, mais elles peuvent l'être lorsque la preuve est visée par une exception reconnue. C'est une façon appropriée de déposer une preuve et, si le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire n'est pas interdit en vertu de la règle du oui-dire, il devrait être admis, sauf dans le cas où une autre règle de preuve l'en empêche.

À la lumière de cette approche, j'ai de la difficulté à comprendre pourquoi le juge Major indique à plusieurs reprises qu'il est préoccupé par le fait que l'admission de cette preuve se fait «indirecte-

always proceeds through this so-called “back door”, and yet this Court has consistently found this to be a permissible avenue. Obviously, if it were possible to adduce the evidence directly, the Crown would not need to use a hearsay exception. There is nothing inherently wrong in making use of available evidence. Major J. states that allowing hearsay statements into evidence is equivalent to “forcing spouses to provide evidence against each other” (para. 153). I cannot agree with this conclusion. In this case, for example, the witness was clearly not “forced” to give evidence. On the contrary, she approached the police herself and volunteered to testify. I fail to see how admitting the evidence as hearsay suddenly imbues the evidence with a coercive quality. It is quite a different matter where there is actual coercion. In those cases, the hearsay evidence will often be excluded as it will lack the indicia of reliability necessary for admission. I reiterate that evidence which is *prima facie* admissible should only be excluded where some other evidentiary rule trumps it and precludes admission.

Major J. agrees that the evidence here is reliable, and ostensibly “necessary”, but he suggests that it should not be admitted via the principled exception to the hearsay rule, as the testimony was not available from the witness directly. He cites from the judgment of the Chief Justice in *B. (K.G.)*, *supra*, at p. 784, in support of his proposition:

... I would adopt the requirement embodied in the provision proposed by the Law Reform Commission of Canada, and in the English *Civil Evidence Act 1968*, that prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony. That is, if the witness could not have made the statement at trial during his or her examination-in-chief or cross-examination, for whatever reason, it cannot be made admissible through the back door, as it were, under the reformed prior inconsistent statement rule.

ment». En toute déférence, l'admission d'une preuve par application d'une exception à la règle du ouï-dire se fait toujours «indirectement», et notre Cour a constamment décidé que c'était une façon permise de le faire. De toute évidence, s'il était possible de présenter directement la preuve, le ministère public n'aurait pas à se servir d'une exception à la règle du ouï-dire. Il n'y a rien de fondamentalement mauvais à utiliser une preuve existante. Le juge Major affirme qu'accepter une preuve de ouï-dire équivaut à «force[r] les conjoints à témoigner l'un contre l'autre» (par. 153). Je ne saurais souscrire à cette conclusion. En l'espèce, par exemple, le témoin n'a manifestement pas été «forcé» à témoigner. Au contraire, elle est allée à la police et elle-même offert de témoigner. Je ne vois pas comment l'admission de ce témoignage à titre de ouï-dire lui confère soudainement un caractère coercitif. La situation est tout à fait différente dans le cas d'une véritable contrainte. Dans ces cas, la preuve par ouï-dire sera souvent écartée puisqu'elle ne répondra pas au critère de fiabilité nécessaire à son admission. Je répète qu'une preuve admissible *prima facie* ne devrait être écartée que si une autre règle de preuve a préséance et en forclose l'admission.

Le juge Major reconnaît que la preuve est ici digne de foi et manifestement «nécessaire», mais qu'elle ne devrait pas être admise par application de l'exception de principe à la règle du ouï-dire, puisque le témoignage ne pouvait être obtenu directement du témoin. À l'appui de sa proposition, il cite un extrait des motifs du Juge en chef dans *B. (K.G.)*, précité, à la p. 784:

... je ferais mienne l'exigence incorporée dans le projet d'article de la Commission de réforme du droit du Canada et dans la *Civil Evidence Act 1968* de l'Angleterre, selon laquelle ne seraient admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin. C'est-à-dire que, si le témoin n'aurait pas pu faire la déclaration au procès au cours de son interrogatoire principal ou de son contre-interrogatoire, pour quelque raison que ce soit, elle ne saurait être admissible indirectement, en application de la règle réformée relative aux déclarations antérieures incompatibles.

Major J. concludes from this passage that the out-of-court statements in the case at bar should not have been introduced:

Although Lamer C.J.'s statement of the rule is in the context of prior inconsistent statements, and discusses the issue as a preliminary matter, it can be applied to the case at bar. This was also the view of Weiler J.A. in the Ontario Court of Appeal at p. 269 C.R.:

If Graham were called to testify at Hawkins' trial (without any modification of the common law) she could not make any statement because she would be considered incompetent. In this sense, the evidence would not satisfy the precondition for the admissibility of hearsay evidence required under *K.G.B.* One cannot admit statements through the "back door" when a witness could not make those statements at trial.

The Crown is attempting to introduce evidence through a principled exception to hearsay, evidence which the Crown would not be permitted to obtain through direct testimony. This is using the so-called back door, to overcome the prohibition acknowledged in s. 4 of the *Canada Evidence Act*.

113

I strongly disagree with this position. In my view, following this logic to its ultimate conclusion would completely obliterate every exception to the hearsay rule. In any case where the Crown is attempting to tender hearsay testimony it is unable to obtain the testimony through direct evidence. In the so-called *Khan* situation, for example, the child witness is first ruled incompetent, and thus, is unable to directly provide testimony. According to the reasoning of Major J., the Crown should not be able to then attempt to admit the hearsay statements of the child as it could not have access to them directly. This would be a rather peculiar proposition and contrary to the very object of the principled exception to the hearsay rule. As the Chief Justice and Iacobucci J. correctly point out, the hearsay analysis focuses on whether the statement could have been made by the witness, if he or she were competent and available to testify at trial. *B. (K.G.)* simply does not stand for the proposition for which Major J. has cited it.

Se fondant sur cet extrait, le juge Major conclut que les déclarations extrajudiciaires n'auraient pas dû être déposées en preuve:

Bien que la règle ait été énoncée par le juge en chef Lamer en rapport avec les déclarations antérieures incompatibles et traitée comme une question préliminaire, elle peut être appliquée à l'espèce. Le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario était aussi de cet avis, à la p. 269 C.R. de ses motifs:

[TRADUCTION] Si Graham était assignée à témoigner contre Hawkins à son procès (sans modification de la common law), elle ne pourrait faire aucune déclaration parce qu'elle serait considérée inhabile. En ce sens, le témoignage ne satisferait pas à la condition préalable à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire établie par l'arrêt *K.G.B.* On ne peut accepter indirectement en preuve des déclarations que le témoin ne pourrait pas faire au procès.

Le ministère public tente de présenter, au moyen d'une exception de principe à la règle du ouï-dire, une preuve qu'il ne pourrait présenter par un témoignage direct. C'est là agir indirectement pour déroger à l'interdiction reconnue par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Je suis en profond désaccord avec cette position. À mon avis, si l'on poussait cette logique à l'extrême, on éliminerait complètement toute exception à la règle du ouï-dire. Si le ministère public tente de déposer un témoignage sous forme de ouï-dire, c'est qu'il n'est pas en mesure d'obtenir directement ce témoignage. Par exemple, dans une situation du type *Khan*, l'enfant témoin est tout d'abord déclaré inhabile à témoigner, et ne peut, en conséquence, témoigner directement. Suivant le raisonnement du juge Major, le ministère public ne devrait pas alors être en mesure de tenter de faire admettre la preuve par ouï-dire des déclarations de l'enfant puisqu'il ne peut y avoir directement accès. Il s'agit là d'une proposition fort particulière et contraire à l'objet même de l'exception de principe à la règle du ouï-dire. Comme l'affirment à bon droit le Juge en chef et le juge Iacobucci, l'analyse de la question du ouï-dire vise surtout à déterminer si la déclaration aurait pu être faite par le témoin, eût-il été disponible et habile à témoigner au procès. L'arrêt *B. (K.G.)* n'appuie tout simplement pas la proposition pour laquelle le juge Major la cite.

In my view, this evidence fits rather easily into the principled exception to the hearsay rule. It remains, therefore, to deal with the substantive question of whether the spousal incompetence rule prevents the admission of the out-of-court statements of a spouse. I am of the view, for the reasons which follow, that this question should be answered in the negative.

Rationales Behind the Spousal Incompetence Rule

The basis for not permitting a spouse to testify for the prosecution is the common law rule presuming spousal incompetence. This rule has been extensively criticized, most recently by this Court in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; see also John Sopinka, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 616. Nevertheless, it is at least tacitly recognized by s. 4 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. I would not, however, go as far as Major J. in stating that “[s]ection 4 ensures that spouses, otherwise credible witnesses, who possess relevant evidence never testify in court” (para. 152). Rather, I agree with the Chief Justice and Iacobucci J. that this rule is grounded in the common law, and thus the scope of the rule is subject to the interpretation of the courts; see also Professor Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), at p. 212.

The question at the very heart of this case, therefore, is what exactly is the extent of this rule? Does the incompetency of a spouse merely prevent testimony at trial, or is it intended to exclude all evidence which emanates from a spouse? The first part of an answer to this question is easily discernible from the case law. Like Major J., I am of the view that the incompetence of a witness does not necessarily preclude the admission of his or her evidence by another route: *Khan, supra*; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829. Strictly speaking, whether evidence from an incompetent witness can be admitted through the testimony of a third party

À mon avis, cette preuve s'intègre plutôt facilement dans l'exception de principe à la règle du ouï-dire. Il reste donc à examiner la question de fond soit si la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner empêche l'admission des déclarations extrajudiciaires d'un conjoint. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il faut répondre par la négative à cette question.

La philosophie sous-jacente à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner

La raison pour laquelle un conjoint ne peut témoigner pour le poursuivant découle de la règle de common law relative à l'incapacité du conjoint à témoigner. Cette règle a été abondamment critiquée, notamment dans l'arrêt récent *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; voir aussi John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 616. Néanmoins, elle est au moins tacitement reconnue par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Je n'irais toutefois pas aussi loin que le juge Major lorsqu'il affirme que: «[l']article 4 fait en sorte que les conjoints, qui seraient par ailleurs des témoins crédibles et qui pourraient rendre un témoignage pertinent, ne déposent jamais» (par. 152). Je conviens plutôt avec le Juge en chef et le juge Iacobucci que cette règle est ancrée dans la common law et, par conséquent, que sa portée est soumise à l'interprétation des tribunaux; voir aussi l'ouvrage du professeur Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), à la p. 212.

La question fondamentale en l'espèce est, par conséquent, de déterminer quelle est exactement la portée de cette règle. L'incapacité à témoigner d'un conjoint empêche-t-elle simplement le témoignage au procès ou vise-t-elle à écarter tout élément de preuve fourni par un conjoint? La première partie de la réponse à cette question ressort clairement de la jurisprudence. À l'instar du juge Major, je suis d'avis que l'incapacité d'un témoin n'empêche pas nécessairement l'admission de son témoignage par un autre moyen: *Khan*, précité; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829. À vrai dire, c'est la raison sous-jacente de l'incapacité à témoigner qui déter-

114

115

116

depends on the underlying reason for the incompetency.

mine si la preuve d'un témoin inhabile peut être admise par le recours au témoignage d'une tierce partie.

117 In this regard, I would note that the question of whether statements made prior to trial by a spouse can be admitted has apparently never been addressed in this country. What the appellant appears to be asking is for the court to extend the scope of the spousal incompetence rule to prevent not only the in-court testimony of a spouse, but the out-of-court statements as well. If this is to be the result, such an extension must be warranted; furthermore, this conclusion must be justified in light of the modern day position on spousal incompetence. As Iacobucci J. stated in *Salituro, supra*, at p. 673:

The common law rule making a spouse an incompetent witness involves a conflict between the freedom of the individual to choose whether or not to testify and the interests of society in preserving the marriage bond.

While Iacobucci J. stated that it was not necessary for the purposes of deciding *Salituro* to determine the result of the conflict, I believe that the ultimate decision on whether to admit such out-of-court statements mandates a certain degree of inquiry into this area.

118 I would add that the spousal incompetence rule must also be considered in light of the trial's goal as a truth-seeking inquiry. As I have stated on more than one occasion, the pre-eminent role of the trial is to ascertain the truth: see for example, *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206. Evidentiary principles which constrain the truth-seeking process should be carefully tailored so that they do not exceed what is strictly necessary to accomplish the goal for which they are designed. In this regard, I agree with the comments of Burger C.J. of the United States in *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980), at pp. 50-51, who, in deciding upon the scope of a spouse's ability to give evidence, said:

À cet égard, je note que l'on n'a apparemment jamais examiné au Canada la possibilité d'admettre des déclarations faites par un conjoint antérieurement au procès. L'appelant semble demander à la Cour d'élargir la portée de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner pour empêcher non seulement le témoignage d'un conjoint devant le tribunal mais aussi l'utilisation de ses déclarations extrajudiciaires. Si tel doit être le cas, cet élargissement doit être justifié; en outre, cette conclusion doit s'analyser au regard de la position moderne relativement à l'inhabilité du conjoint. Comme l'a affirmé le juge Iacobucci dans *Salituro*, précité, à la p. 673:

Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu'a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé.

Même si le juge Iacobucci a affirmé qu'il n'avait pas, pour les fins de *Salituro*, à trancher le conflit, je suis d'avis qu'avant de décider s'il y a lieu d'admettre de telles déclarations extrajudiciaires, un certain tour d'horizon s'impose.

Il faut ajouter que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner doit aussi être examinée en fonction de l'objectif du procès, soit la recherche de la vérité. Comme je l'ai dit à maintes reprises, le rôle primordial d'un procès est avant tout la recherche de la vérité: voir par exemple, *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206. Les principes qui régissent la preuve lorsqu'ils permettent de restreindre le processus de recherche de la vérité doivent être soigneusement conçus de façon à ne pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'ils visent. Sur ce point, je partage l'opinion du juge en chef Burger des États-Unis, qui, dans *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980), aux pp. 50 et 51, une décision sur la portée de l'habilité à témoigner d'un conjoint, a affirmé:

Testimonial exclusionary rules and privileges contravene the fundamental principle that “the public . . . has a right to every man’s evidence.” *United States v. Bryan*, 339 U.S. 323, 331 (1950). As such, they must be strictly construed and accepted “only to the very limited extent that permitting a refusal to testify or excluding relevant evidence has a public good transcending the normally predominant principle of utilizing all rational means for ascertaining truth”. *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 234 (1960) (Frankfurter, J., dissenting). Accord, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 709-710 (1974).

With that in mind, I will proceed to examine the rule itself and its underlying rationales. In *Salituro*, *supra*, at p. 672, Iacobucci J. discussed the various justifications which exist for the spousal competence rule and stated:

The general testimonial incompetence of a wife for or against her husband was accepted in *Lord Audley’s Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, at p. 1141.

Since that time, at least four distinct justifications have been advanced for the rule but only two of these survive today. The most important justification is that the rule protects marital harmony. The danger to marital harmony of making a spouse a competent witness was first mentioned by Lord Coke, and was most recently emphasized in the decision of the Court of Appeal in the case at bar, in *R. v. Bailey*, *supra*, and in *R. v. Sillars*, *supra*. A second reason sometimes mentioned is what Wigmore called the “*natural repugnance* to every fair-minded person to compelling a wife or husband to be the means of the other’s condemnation” (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, §2228 (emphasis in original)).

The two justifications which have not survived are that a spouse is an incompetent witness because husband and wife are in law a single person (although this justification survived into the eighteenth century), and that husband and wife are disqualified from being witnesses for or against each other because their interests are identical.

As Iacobucci J. points out, the early justifications for the rule mandated a strong and absolute

[TRADUCTION] Les règles et les privilèges d’exclusion de témoignage vont à l’encontre du principe fondamental selon lequel «le public [. . .] a le droit d’entendre le témoignage d’une personne». *United States c. Bryan*, 339 U.S. 323, à la p. 331 (1950). C’est pourquoi ils doivent être interprétés d’une façon stricte et acceptés «dans les seuls cas où l’intérêt public d’autoriser un refus de témoigner ou d’écartier des éléments de preuve pertinents transcende le principe normalement prédominant de l’utilisation de tous les moyens rationnels pour faire valoir la vérité.» *Elkins c. United States*, 364 U.S. 206, à la p. 234 (1960) (le juge Frankfurter, dissident). Accord *United States c. Nixon*, 418 U.S. 683, aux pp. 709 et 710 (1974).

Cela dit, j’examinerai maintenant la règle elle-même et sa philosophie sous-jacente. Dans *Salituro*, précité, à la p. 672, le juge Iacobucci a examiné les diverses justifications de la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner et a affirmé:

L’incapacité générale de la femme à témoigner pour ou contre son mari a été reconnue dans l’affaire *Lord Audley* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, à la p. 1141.

Depuis lors, au moins quatre justifications différentes ont été avancées à l’appui de la règle dont deux seulement ont survécu jusqu’à nos jours. La plus importante est que la règle protège l’harmonie conjugale. Le danger que présente à cet égard le témoignage du conjoint a été évoqué pour la première fois par lord Coke, et mis en lumière plus récemment dans l’arrêt que la Cour d’appel a prononcé en l’espèce, ainsi que dans les arrêts *R. v. Bailey* et *R. v. Sillars*, précités. La seconde raison parfois mentionnée est ce que Wigmore a appelé [TRADUCTION] «la *répugnance naturelle* qu’éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l’instrument de la condamnation de l’autre» (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, §2228 (en italique dans l’original)).

Deux justifications n’ont pas survécu, savoir que le conjoint n’est pas habile à témoigner parce que le mari et la femme ne forment en droit qu’une seule personne (conception qui prévalait encore au XVIII^e siècle), et parce que leurs intérêts sont identiques.

Comme le fait ressortir le juge Iacobucci, les premières justifications de la règle imposaient une

rule of spousal incompetency. Essentially, spouses could not be trusted to give evidence at trial, and thus it was necessary to ensure that no evidence was adduced by them, as it was thought to be manifestly unreliable. Similarly, if the spouse and the accused were to be regarded as “one” person, it would have been unfair to compel testimony from this “unit” in order to convict one of its component members. Both of these thoroughly discredited rationales today are, of course, based on archaic notions of a woman’s role in society and within the marriage. If they continued to exist today, however, and were justifiable, I would have no difficulty concluding that out-of-court statements could not be admitted at trial. The logic would clearly extend to the situation before us. Of course, given that the rationales themselves are not soundly based, we no longer recognize or rely upon them.

121 What remains, therefore, are two surviving policy grounds which support the rule: (1) preventing the threat to marital harmony, and (2) avoiding the natural repugnance of compelling a spouse to testify, and having to witness this “spectacle” in court. As the Chief Justice and Iacobucci J. correctly state, this second rationale simply does not concern us where the evidence of a spouse is adduced through a hearsay exception. Thus, we must consider whether a complete exclusionary rule to such statements made prior to trial is warranted on the basis of marital harmony.

122 This very question has been discussed at length in the United States. My colleague Major J. states that marital harmony is affected equally by testimony and where statements made out of court by a spouse are tendered as evidence. He goes on to subscribe to the view of the U.S. Court of Appeal, 5th Circuit, in *Ivey v. United States*, 344 F.2d 770 (1965), at p. 772, which said:

[The hearsay witness’s] testimony relating what [the accused’s wife] had told him about [the accused’s] par-

règle solide et absolue de l’inhabilité du conjoint à témoigner. Essentiellement, il n’était pas prudent de faire témoigner un conjoint au procès et il fallait veiller à ce qu’il ne présente aucune preuve, car on la jugeait manifestement non digne de foi. De même, si le conjoint et l’accusé devaient être considérés comme «une seule» personne, il aurait été injuste de contraindre cette «unité» à témoigner pour faire déclarer coupable l’une des personnes en faisant partie. Ces deux justifications totalement discréditées aujourd’hui étaient, bien entendu, fondées sur des notions archaïques du rôle de la femme dans la société et dans le mariage. Cependant, si elles existaient encore de nos jours et étaient justifiables, je n’aurais aucune difficulté à conclure que des déclarations extrajudiciaires ne peuvent être admises au procès. Cette logique s’appliquerait de toute évidence à la situation dont nous sommes saisis. Puisque ces justifications n’ont pas un fondement solide, nous ne les reconnaissons évidemment plus ni ne les utilisons.

Ce qu’il en reste ce sont donc les deux motifs de principe qui lui survivent et qui appuient la règle: (1) empêcher que soit menacée l’harmonie conjugale, et (2) éviter la répugnance naturelle à forcer un conjoint à témoigner, et devoir assister à ce «spectacle» devant le tribunal. Comme le Juge en chef et le juge Iacobucci l’affirment avec raison, cette seconde justification ne nous préoccupe tout simplement pas si la preuve d’un conjoint est présentée par application d’une exception à la règle du oui-dire. Par conséquent, il reste à déterminer si l’harmonie conjugale justifie une règle d’exclusion complète de telles déclarations antérieures au procès.

Cette question a été étudiée à fond aux États-Unis. Mon collègue le juge Major affirme que l’harmonie conjugale se trouve compromise autant par le témoignage d’un conjoint que par le dépôt en preuve de déclarations extrajudiciaires faites par un conjoint. Il souscrit ensuite à l’opinion exprimée par la Court of Appeals for the Fifth Circuit des É.-U. dans l’arrêt *Ivey c. United States*, 344 F.2d 770 (1965), à la p. 772:

[TRADUCTION] Le témoignage [que rend une personne sous forme de oui-dire] rapportant ce que [l’épouse de

ticipation in the importation not only violates the rule against admitting hearsay testimony but also the rule against admitting testimony of one spouse against the other.

She might as well be permitted to testify against her husband in open court as to permit the introduction of a statement she had made against him out of court.

It is worth noting, in my view, that the case cited for this proposition is no longer good law in the United States. In fact, virtually every court which has considered this case has explicitly decided not to follow it. As one court observed, *Ivey* has been “distinguished . . . into oblivion”: *United States v. Archer, supra*, at p. 358. Essentially, the American courts have concluded that introducing a statement made prior to trial does not have the same effect as having a spouse testify at trial. I agree.

Of course, the law relating to spousal incompetence in the United States has been markedly different from the law in Canada since the decision of the Supreme Court in *Trammel, supra*, made the spousal testimonial privilege one which gave the potential witness the discretion to decide whether to invoke it, rather than an absolute bar. (See Milton C. Regan, Jr., “Spousal Privilege and the Meanings of Marriage” (1995), 81 *Va. L. Rev.* 2045, for an outline of the law in different American jurisdictions.) Nevertheless, even prior to *Trammel*, when the law was virtually identical to our own, and spouses were generally unable to testify for the prosecution, U.S. courts concluded that hearsay statements from a spouse should be admitted.

In *United States v. Tsinnijinnie*, 601 F.2d 1035 (9th Cir. 1979), the prosecution attempted to tender a hearsay statement, otherwise admissible, made by the accused’s wife. Despite objections from the accused, the court decided to admit the

l’accusé] lui a dit au sujet de [la] participation [de l’accusé] dans l’importation viole non seulement la règle contre le ouï-dire, mais aussi la règle contre le témoignage d’une personne contre son conjoint.

On pourrait tout aussi bien permettre à l’épouse de témoigner en cour contre son mari, tant qu’à admettre en preuve une déclaration extrajudiciaire qu’elle a faite contre lui.

À noter, toutefois, que l’arrêt cité à l’appui de cette proposition ne fait plus jurisprudence aux États-Unis. En fait, pratiquement chaque tribunal qui l’a examiné a explicitement décidé de ne pas le suivre. Comme un tribunal l’a fait remarquer, on a distingué l’arrêt *Ivey* [TRADUCTION] «jusqu’à ce qu’il sombre dans l’oubli»: *United States c. Archer*, précité, à la p. 358. Les tribunaux américains ont essentiellement conclu que l’introduction d’une déclaration faite antérieurement au procès n’a pas le même effet que le témoignage d’un conjoint lors du procès. Je suis également de cet avis.

Bien entendu, les règles de droit relatives à l’incapacité d’un conjoint à témoigner appliquées aux États-Unis sont sensiblement différentes de celles qui existent au Canada, et ce, depuis que la Cour suprême des États-Unis a statué, dans *Trammel*, précité, que le privilège du conjoint témoin, plutôt que de constituer une interdiction absolue, conférait au témoin éventuel le pouvoir discrétionnaire de l’invoquer. (Voir Milton C. Regan, Jr., «Spousal Privilege and the Meanings of Marriage» (1995), 81 *Va. L. Rev.* 2045, pour un exposé des règles de droit applicables dans divers États américains.) Néanmoins, même avant l’arrêt *Trammel*, à l’époque où leurs règles de droit étaient pratiquement identiques aux nôtres et où les conjoints étaient généralement inhabiles à témoigner pour le poursuivant, les tribunaux américains ont conclu qu’il y avait lieu d’admettre la preuve par ouï-dire des déclarations d’un conjoint.

Dans *United States c. Tsinnijinnie*, 601 F.2d 1035 (9th Cir. 1979), le poursuivant a tenté de présenter la preuve par ouï-dire d’une déclaration, par ailleurs admissible, de l’épouse de l’accusé. Malgré les objections de l’accusé, le tribunal a décidé

123

124

125

hearsay statement as it determined that the rationales behind the spousal testimony privilege simply did not apply where the evidence was admitted via a third party (at pp. 1038-39):

... we should consider whether the purposes of the privilege would be furthered by extending it to testimony by a third person. *Hawkins v. United States*, [358 U.S. 74 (1958)], outlined two justifications for the spousal privilege: fostering marital harmony and avoiding the spectacle of pitting one spouse against the other. It is unlikely that either goal is served by excluding a spouse's out-of-court statements.

In *United States v. Mackiewicz*, 401 F.2d 219 (2d Cir. 1968), ... hearsay statements of a husband implicating his wife were admitted. The spouses were co-defendants and the admission could have been justified as co-conspirator admissions, but the Second Circuit considered whether the marital privilege was even applicable to third party testimony. It concluded it was not, because the impact on marital harmony would be slight:

"This is not a case where the prosecution called the husband to the stand. If he had testified under those circumstances, the common law rule would have been violated. Here, however, we are one step removed from actual testimony. Therefore, there is no chance that we might be repulsed by a spouse actually testifying against his mate, see McCormick, *Evidence* §66. Nor is there a chance that marital frictions will be aggravated, ... for there is the convenient buffer of the third person actually making the remarks."

We agree that the marital privilege should not be extended to bar a witness from relating an excited utterance by a spouse. The possible benefits that would derive from such an extension cannot justify excluding the evidence which is relevant and often highly probative.

This reasoning has been repeatedly followed: *United States v. Archer*, *supra*; *United States v. Brown*, 605 F.2d 389 (8th Cir. 1979); *United States v. Doughty*, 460 F.2d 1360 (7th Cir. 1972); *United States v. Cleveland*, 477 F.2d 310 (7th Cir. 1973); *United States v. Chapman*, 866 F.2d 1326 (11th

d'admettre cette déclaration, ayant convenu que les justifications du privilège du témoin conjoint ne s'appliquaient tout simplement pas lorsque la preuve était admise par l'intermédiaire d'une tierce partie (aux pp. 1038 et 1039):

[TRADUCTION] ... nous devrions examiner si l'on servirait les objectifs du privilège en le rendant applicable au témoignage d'une tierce partie. L'arrêt *Hawkins c. United States*, [358 U.S. 74 (1958)], a exposé deux justifications à l'appui du privilège du conjoint: préserver l'harmonie conjugale et éviter le spectacle d'opposer un conjoint à l'autre. Il est peu probable que l'exclusion de déclarations extrajudiciaires d'un conjoint serve l'un ou l'autre de ces objectifs.

Dans *United States c. Mackiewicz*, 401 F.2d 219 (2d Cir. 1968), [...] le tribunal avait admis des déclarations relatées dans lesquelles un époux impliquait son épouse. Les conjoints étaient codéfendeurs et l'admission aurait pu être justifiée à titre d'aveux de complices; cependant, la Second Circuit a examiné si le privilège relatif au conjoint était applicable au témoignage d'une tierce partie. Elle a conclu qu'il ne l'était pas parce que l'incidence sur l'harmonie conjugale serait de peu d'importance.

Il ne s'agit pas d'un cas où le poursuivant a assigné l'époux à témoigner. S'il avait témoigné dans ces circonstances, il y aurait eu atteinte à la règle de common law. Cependant, en l'espèce, nous sommes à une étape seulement du véritable témoignage. Il n'y a donc aucun risque que le témoignage d'un conjoint contre l'autre nous répugne; voir McCormick, *Evidence* §66. Et il n'y a aucun risque d'aggravation des frictions matrimoniales [...] vu l'utilité du rôle tampon que joue la tierce partie qui fait les remarques.

Nous reconnaissons que l'application du privilège relatif au conjoint ne devrait pas être élargie de façon à empêcher un témoin de rapporter des paroles agitées prononcées par un conjoint. Les avantages susceptibles de découler d'une telle application élargie ne peuvent justifier l'exclusion d'éléments de preuve qui sont pertinents et souvent fort probants.

Ce raisonnement a été suivi à maintes reprises: *United States c. Archer*, précité; *United States c. Brown*, 605 F.2d 389 (8th Cir. 1979); *United States c. Doughty*, 460 F.2d 1360 (7th Cir. 1972); *United States c. Cleveland*, 477 F.2d 310 (7th Cir. 1973); *United States c. Chapman*, 866 F.2d 1326 (11th

Cir. 1989); *United States v. Donlon*, 909 F.2d 650 (1st Cir. 1990); *Ballard v. State*, 311 S.E.2d 453 (Ga. 1984).

Similarly, Professors Louisell and Mueller in *Federal Evidence* (1985), vol. 2, at pp. 874-75, have described the state of the U.S. jurisprudence in the following manner:

Pretty clearly the privilege does not bar proof of the out-of-court statements of a spouse: Assuming that they are relevant, that they are not within the other spousal privilege (the one for spousal confidences, which is considered in the next section), that hearsay objections are overcome, and that they are provable by the testimony of some third person, they are not excludable by virtue of the spousal testimony privilege. No married person holds a privilege to stop his or her spouse from making statements abroad in the world which are adverse to his interests, and when such statements by one spouse are offered against another in court, any resultant strain upon the marriage and affront to human dignity comes at least as much from the out-of-court conduct of the spouse as from the trial itself.

I agree with these conclusions. The main rationale for the spousal incompetence rule loses much of its conviction where the evidence is tendered via a third party and not by the spouse on the witness stand. This is so for several reasons. First, the spouse who makes the statement is not put through the stress of having to decide whether or not to testify, as this choice is already made by the time the trial occurs and the Crown seeks to admit the statement. Thus, he or she is not put in the position of having to actually stand and convict his or her spouse at trial. There is none of the internal and external pressure, in and of itself damaging to marital harmony, which exists where a spouse must decide whether to give damning testimony or face a charge of contempt. Second, the husband and wife will not be put through the strain of actually sitting through the difficult testimony at trial, and having to face each other directly as "accuser" and "accused". Finally, as Louisell and Mueller point out, most of the damaging effect to the marriage will already have occurred by the trial. In the

Cir. 1989); *United States c. Donlon*, 909 F.2d 650 (1st Cir. 1990); *Ballard c. State*, 311 S.E.2d 453 (Ga. 1984).

De même, les professeurs Louisell et Mueller ont décrit ainsi l'état de la jurisprudence américaine dans *Federal Evidence* (1985), vol. 2, aux pp. 874 et 875:

[TRADUCTION] De toute évidence, le privilège n'interdit pas de présenter en preuve les déclarations extrajudiciaires d'un conjoint: Pourvu que les déclarations soient pertinentes, qu'elles ne relèvent pas de l'autre privilège relatif au conjoint (le privilège des communications entre conjoints — examiné dans la section qui suit), que les objections au oui-dire aient été récusées, et que la preuve de ces déclarations ait été faite par le témoignage d'une tierce partie, elles ne peuvent être écartées en application du privilège du conjoint témoin. Aucune personne mariée ne jouit du privilège d'empêcher son conjoint de faire des déclarations publiques qui sont contraires à ses intérêts, et lorsque les déclarations d'un conjoint sont déposées en preuve contre l'autre en cour, les pressions qui en résultent sur le mariage et les atteintes à la dignité humaine se rattachent, pour le moins que l'on puisse dire, autant au comportement extrajudiciaire du conjoint qu'au procès même.

Je suis d'accord avec ces conclusions. La principale justification de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner perd une grande partie de sa force si la preuve est déposée par l'intermédiaire d'une tierce partie, et non par le conjoint dans la boîte aux témoins, et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement, le conjoint qui fait la déclaration n'a pas à subir le stress d'avoir à décider s'il doit témoigner ou non, puisque ce choix a déjà été fait au moment du procès et que le ministère public cherche à faire admettre la déclaration. En conséquence, le conjoint n'est pas mis dans une situation où il doit venir incriminer son conjoint au procès. Il n'existe aucune des pressions internes ou externes, en soi préjudiciables à l'harmonie conjugale, qu'on rencontre dans le cas où un conjoint doit décider soit de présenter un témoignage accablant soit de se laisser accuser d'outrage au tribunal. Deuxièmement, les conjoints n'auront pas à subir l'épreuve du témoignage au procès ni celle de se trouver face à face l'un comme «accusateur» et l'autre comme «accusé». Enfin, comme le font

majority of cases, the marital bond will have been broken by the actual making of the statement, or conversely, it will have survived to trial and will not be made worse by the reading in of the evidence: *Trammel, supra*, at p. 52.

ressortir *Louisell et Mueller*, la majeure partie des effets accablants sur le mariage se seront déjà fait sentir avant le procès. Dans la majorité des cas, le lien matrimonial aura été rompu au moment de la déclaration ou, inversement, il continuera d'exister au procès et ne s'en trouvera pas diminué par l'introduction de la preuve: *Trammel, précité*, à la p. 52.

128 I recognize that there is still some potential damage to a couple's marital harmony. In this regard, it is important to note that we do not have an independent doctrine of marital harmony which operates to preserve marriages at the expense of obtaining evidence. It is well established that the police during the course of investigation may enlist the spouse of an accused in gathering evidence to aid in a prosecution: *R. v. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10 (Ont. C.A.); *United States v. Archer, supra*, at p. 358. Surely, where the police obtain the aid of a witness during an investigation which leads to the conviction of his or her spouse, this cannot be any better for marital harmony than where the spouse testifies at trial; still, this type of evidence has traditionally been admitted.

Je reconnais qu'il existe encore un certain risque de préjudice pour l'harmonie conjugale du couple. À ce sujet, il importe de signaler que nous n'avons pas de théorie indépendante de l'harmonie conjugale dont l'effet serait de préserver un mariage au détriment de l'obtention d'une preuve. Il est bien établi que la police peut, dans le cadre d'une enquête, solliciter la coopération du conjoint d'un accusé pour l'établissement de la preuve à charge: *R. c. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10 (C.A. Ont.); *United States c. Archer, précité*, à la p. 358. De toute évidence, lorsque la police obtient l'aide d'un témoin au cours d'une enquête qui mène à la condamnation d'un conjoint, une telle situation ne saurait être meilleure pour l'harmonie conjugale que le témoignage du conjoint au procès; pourtant, ce type de témoignage a traditionnellement été admis.

129 Furthermore, the conclusion of Major J. is also at odds with prior decisions of this Court. In *R. v. Jean*, [1980] 1 S.C.R. 400, in a brief judgment this Court affirmed in full the reasons of Moir J.A. in the Alberta Court of Appeal (1979), 7 C.R. (3d) 338. That case concerned the intercepted communications by wiretap of a conversation between a husband and wife. While the statements of the spouses were ultimately excluded based on the statutory provision under consideration, all the judges agreed that the evidence would have been admissible at common law, as "[i]t would appear logical that it does not matter how the conversation is overheard or intercepted if the person who overheard the conversation or the tape that recorded it could be produced in court" (p. 352).

En outre, la conclusion du juge Major est également incompatible avec les arrêts antérieurs de notre Cour. Dans *R. c. Jean*, [1980] 1 R.C.S. 400, la Cour a, dans une décision succincte, confirmé intégralement les motifs du juge Moir de la Cour d'appel de l'Alberta (1979), 7 C.R. (3d) 338. Cette affaire portait sur l'interception électronique de conversations entre un homme et son épouse. Même si les déclarations des conjoints ont finalement été écartées en application de la disposition législative en cause, tous les juges ont reconnu que la preuve aurait été admissible en common law puisqu'il [TRADUCTION] «semblerait logique de dire qu'il importerait peu comment la conversation a été entendue ou interceptée si la personne qui a entendu la conversation, ou la bande magnétique, pouvait être assignée devant le tribunal» (p. 352).

130 Similarly, in *Lloyd v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 645, this Court affirmed the principles set out in *Jean*, although the evidence was once again

De même, dans *Lloyd c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 645, notre Cour a confirmé les principes formulés dans *Jean*, bien qu'une fois de plus elle

excluded pursuant to a specific statutory provision. There, a husband and wife were both charged with conspiracy to traffic a narcotic. The Crown had obtained wiretap evidence of a conversation between the two of them which the accused tried to have excluded. During the course of his opinion, McIntyre J. (Martland J. and Lamer J. (as he then was) concurring), in dissent but not on this issue, made the following remarks with respect to s. 4(3) of the *Canada Evidence Act*, which attaches a privilege to marital communications (at pp. 654-55):

The privilege created by s. 4(3) is against compulsory disclosure of marital communications. The spouse, to whom the communication has been made, however, while he or she may not be compelled to disclose it, is of course free to do so if he or she wishes. It is evident then that the privilege, the right to elect whether the communication will be disclosed or not, is personal to the recipient spouse, and it is equally evident from the wording of s. 4 that the privilege is one pertaining to a spouse giving evidence in Court. In other words, it is a testimonial privilege giving a right to withhold evidence, but it cannot be said that the information itself is privileged. [Emphasis added.]

See also *R. v. Andrew* (1986), 26 C.C.C. (3d) 111 (B.C.S.C.); *United States v. Archer*, *supra*, at p. 358.

Sopinka, Lederman and Bryant in *The Law of Evidence in Canada*, *supra*, at pp. 684-85, have succinctly summed up the issue as follows:

Third persons, who have either intentionally or accidentally overheard or intercepted a communication passing between a husband and wife, by means other than electronic surveillance by some agency of the state, are allowed to and may be compelled to testify with respect to the communication.

I note that the same reasoning has been applied in the United Kingdom. In *Rumping v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 256 (H.L.), the accused mailed a letter to his wife which contained certain admissions. It was intercepted and adduced against him as evidence. The House of

ait écarté la preuve en application d'une disposition législative précise. Dans cette affaire, les conjoints avaient été accusés de complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant. Le ministère public avait obtenu par écoute électronique la preuve d'une conversation entre les conjoints, que l'accusé cherchait à faire écarter. Dans ses motifs, le juge McIntyre (avec l'appui des juges Martland et Lamer (maintenant Juge en chef)), dissident mais non sur ce point, a fait les commentaires qui suivent relativement au par. 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui accorde une exemption aux communications entre époux (aux pp. 654 et 655):

L'exemption que crée le par. 4(3) protège contre la divulgation obligatoire de communications entre époux. Il va de soi, cependant, que le conjoint qui a reçu la communication, bien qu'il puisse ne pas être contraint de la divulguer, a toute liberté de le faire s'il le veut. Il est donc évident que l'exemption, c'est-à-dire le droit de choisir de divulguer ou de ne pas divulguer la communication, est propre au conjoint qui reçoit cette communication, et il est tout aussi évident, suivant les termes de l'art. 4, que l'exemption appartient à un conjoint qui témoigne en cour. En d'autres termes, il s'agit d'une exemption à l'égard des dépositions orales, qui donne un droit de ne pas communiquer des éléments de preuve, mais on ne peut prétendre que les renseignements eux-mêmes sont exemptés de communication. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Andrew* (1986), 26 C.C.C. (3d) 111 (C.S.C.-B.); *United States c. Archer*, précité, à la p. 358.

Dans *The Law of Evidence in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 684 et 685, voici comment Sopinka, Lederman et Bryant résument succinctement la question:

[TRADUCTION] Une tierce partie qui a volontairement ou accidentellement entendu ou intercepté une communication entre deux conjoints, d'une autre façon que par écoute électronique effectuée par un organisme de l'État, est autorisée à témoigner relativement à cette communication et peut être contrainte à le faire.

Je constate que le même raisonnement a été suivi au Royaume-Uni. Dans l'affaire *Rumping c. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 256 (H.L.), l'accusé avait envoyé une lettre à son épouse dans laquelle il avait fait certains aveux. Cette lettre a été interceptée et déposée en preuve

Lords examined a line of older cases for the purpose of determining the extent of the marital communication privilege. The factual situation in *Rumping* was quite different from what we are faced with in the case at bar, as there, it was the accused who made the out-of-court communication. Lord Morris canvassed the 19th century jurisprudence and discovered cases which would have allowed testimony of communications by the non-accused spouses as well, if testified to by third parties: *R. v. Smithies* (1832), 5 C. & P. 332, 172 E.R. 999; *R. v. Bartlett* (1837), 7 C. & P. 832, 173 E.R. 362. When those cases were decided, of course, a spouse was not competent to give any evidence. Lord Morris concluded by stating (at pp. 268, 271 and 276) that:

[The appellant's submissions] involve the further contention, which now calls for inquiry, that at common law there were two separate rules: that apart from what I may call the general common law rule that one spouse was incompetent to give evidence concerning the other there was a separate and distinct rule that no person at all could give any evidence of any communication between spouses.

My Lords, though authority is not lacking which pronounces the general rule that at common law husbands and wives were not allowed to give evidence for or against each other, I can find no authority in support of the suggested separate and distinct rule.

. . .

Though, subject to certain exceptions, the general common law rule applied in criminal cases, such authorities as there are appear rather to negative than to support the existence of a rule as contended for on behalf of the appellant. . . [I]n *R. v. Bartlett* a ruling was given which was similar to that in *R. v. Smithies*. When a prisoner was in custody his wife came into the room and it was proposed to give in evidence what she said in his presence. Objection was taken on the ground that as the wife could not be examined on oath against the prisoner what she said could not be used as evidence against him. The objection was overruled.

. . .

contre lui. La Chambre des lords a examiné la jurisprudence ancienne pour déterminer l'étendue du privilège relatif aux communications entre époux. Les faits étaient fort différents de ceux en l'espèce, car dans *Rumping*, c'est l'accusé qui était l'auteur des communications extrajudiciaires. Néanmoins, lord Morris a examiné la jurisprudence du XIX^e siècle, et a découvert des décisions dans lesquelles aurait également été admis le témoignage concernant des communications par des conjoints non accusés, à condition que le témoignage ait été rendu par une tierce partie: *R. c. Smithies* (1832), 5 C. & P. 332, 172 E.R. 999; *R. c. Bartlett* (1837), 7 C. & P. 832, 173 E.R. 362. Au moment où ont été rendues ces décisions, un conjoint n'était évidemment pas un témoin habile à témoigner. Lord Morris a conclu en disant (aux pp. 268, 271 et 276):

[TRADUCTION] [Les prétentions de l'appelant] font entrer en jeu une prétention additionnelle, qui doit maintenant être examinée, selon laquelle, en common law, il y avait deux règles distinctes: celle voulant que, à part ce que j'appellerais la règle générale de common law selon laquelle un conjoint était inhabile à témoigner contre l'autre conjoint, il existait une règle distincte voulant que personne ne puisse témoigner relativement à des communications entre époux.

Vos Seigneuries, bien qu'il existe abondamment de jurisprudence confirmant la règle générale selon laquelle, en common law, les époux ne peuvent témoigner pour ou contre l'autre, je n'en trouve aucune qui appuierait la règle distincte dont il est fait mention.

. . .

Bien que, sous réserve de certaines exceptions, la règle générale de common law s'appliquait aux affaires criminelles, la jurisprudence qui existe semble nier plutôt qu'appuyer l'existence d'une règle invoquée au nom de l'appelant. [. . .] [D]ans *R. c. Bartlett*, une décision semblable à celle de *R. c. Smithies* a été rendue. Alors qu'un prisonnier était sous garde, son épouse est venue dans la salle, et on a proposé de déposer en preuve ce qu'elle avait dit en sa présence. Une objection a été formulée pour le motif que, puisque l'épouse ne pouvait être interrogée sous serment contre le prisonnier, ce qu'elle avait dit ne pouvait pas être déposé en preuve contre lui. L'objection a été rejetée.

. . .

My Lords, a survey of the authorities and of the statutory provisions leads me to the view that there has never been a rule at common law that no evidence may be given by anyone as to communications made between husband and wife during marriage.

See also the reasons of Lord Hodson at pp. 278-79.

While these cases deal with a somewhat different issue concerning the marital communications privilege, the reasoning remains inconsistent with the judgment of Major J. In each case, a spouse made statements in conversation with the accused which, if not prevented by a statutory provision, were admitted to aid the prosecution. According to Major J., these statements could never be admitted, not because they would be protected by privilege, but because they would be excluded on the grounds of an extended spousal incompetency rule. In my view, this reasoning is simply incompatible with the jurisprudence as it currently stands.

In summary, I am of the view that the marital harmony rationale becomes considerably less convincing where a spouse makes statements in the presence of third parties prior to trial. Balanced against this reduced threat to marital harmony are two pressing rationales which weigh heavily in favour of allowing the admission of this evidence. First is the recognition that this rule severely hinders the freedom of individual choice. As Iacobucci J. stated in *Salituro*, *supra*, at p. 673, this freedom is “a central tenet of the legal and moral fabric of this country particularly since the adoption of the *Charter*”. The entire thrust of the rule goes against the notion that a person is free to make his or her own choices.

Similarly, Sopinka, Lederman and Bryant, the authors of *The Law of Evidence in Canada*, *supra*, at p. 616, have commented:

In any event, the spouse is still not generally competent or compellable on behalf of the Crown. This seems

Vos Seigneuries, une étude de la jurisprudence et des dispositions législatives m'amène à la conclusion qu'il n'y a jamais eu en common law de règle selon laquelle personne ne pouvait témoigner quant aux communications entre mari et femme pendant le mariage.

Voir également les motifs de lord Hodson, aux pp. 278 et 279.

Même si ces décisions portaient sur une question quelque peu différente soit le privilège relatif aux communications entre époux, le raisonnement suivi demeure incompatible avec celui du juge Major. Il s'agit dans chaque cas d'un conjoint qui a fait, lors de conversations avec l'accusé, des déclarations que l'on a admises comme preuve à charge dans les cas où une disposition législative ne l'interdisait pas. Selon le juge Major, ces déclarations ne pourraient jamais être admises, non pas parce qu'elles sont protégées par un privilège, mais parce qu'elles seraient écartées par application d'une règle élargie de l'incapacité d'un conjoint à témoigner. À mon avis, ce raisonnement est tout simplement incompatible avec la jurisprudence courante.

En résumé, je suis d'avis que la justification de l'harmonie conjugale devient beaucoup moins convaincante lorsque, antérieurement au procès, un conjoint fait des déclarations en présence de tierces parties. D'un côté de la balance se trouve cette menace réduite pour l'harmonie conjugale, et de l'autre, deux justifications urgentes qui militent fortement en faveur de l'admission d'une telle preuve. Il y a tout d'abord la reconnaissance que cette règle porte sérieusement atteinte à la liberté de choix individuel. Comme l'affirme le juge Iacobucci dans *Salituro*, précité, à la p. 673, cette liberté est le «précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte*». L'idée maîtresse de cette règle va à l'encontre de la notion qu'une personne est libre de faire les choix qu'elle veut.

De même, Sopinka, Lederman et Bryant, auteurs de *The Law of Evidence in Canada*, *op. cit.*, ont affirmé, à la p. 616:

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, le conjoint n'est pas toujours, de façon générale, habile à témoigner ni con-

133

134

135

to be an archaic position, at least on the issue of competency. First, there is an anomalous distinction between common-law and legal marital relationships. Secondly, it is paternalistic. If a husband or a wife wishes to testify against the other spouse, why should society determine that it is in the best interests of that relationship that the testimony not be received? As Professor McCormick stated [*McCormick on Evidence* (2nd ed. 1972), §65, at pp. 145-46]:

The privilege has sometimes been defended on the ground that it protects family harmony. But family harmony is nearly always past saving when the spouse is willing to aid the prosecution. The privilege is an archaic survival of a mystical religious dogma and of a way of thinking about the marital relation that is today outmoded. [Emphasis added.]

136

Second, we must remember that the trial is primarily a truth-seeking inquiry. The spousal incompetence rule has been called “a legal irony” in that it prevents the state from having access to probative and relevant testimony because of an extrinsic social policy. As David Medine, *supra*, at pp. 545-46, stated, summarizing the theory of a noted commentator on evidence law:

Wigmore also found a certain irony in the balance struck between society’s interest and that of the marital parties. If A has wronged B, and A’s spouse’s testimony is needed to establish the wrong, is it a sensible policy to protect A’s marriage at the expense of B’s ability to prove the wrong? According to some commentators, the privilege protects little more than the wrongdoer who hides behind it.

137

In my view, the totality of these concerns tilts the balance decidedly in favour of admitting the evidence. The damage to marital harmony from admitting the hearsay evidence is considerably reduced where the statement is made prior to trial. In this regard, the need to allow individuals to freely choose whether to speak, and the importance of the trial as a truth-seeking inquiry designed to

traignable comme témoin à charge. Ceci semble une position archaïque, tout au moins pour ce qui est de l’habilité à témoigner. Premièrement, il existe une distinction injustifiée entre les relations de fait et les relations conjugales légitimes. Deuxièmement, c’est une position paternaliste. Si l’un des conjoints désire témoigner contre l’autre, pourquoi la société devrait-elle déterminer qu’il est dans l’intérêt de cette relation que le témoignage ne soit pas reçu? Comme l’affirme le professeur McCormick [*McCormick on Evidence* (2^e éd. 1972), §65, aux pp. 145 et 146]:

On a parfois défendu le privilège sur le fondement qu’il protège l’harmonie familiale. Mais l’harmonie familiale est presque toujours chose du passé lorsque le conjoint est prêt à aider la poursuite. Le privilège est une survivance archaïque de la mystique religieuse et d’une façon d’envisager la relation conjugale qui est aujourd’hui dépassée. [Je souligne.]

Deuxièmement, nous ne devons pas oublier que le procès est avant tout un exercice de recherche de la vérité. La règle de l’incapacité du conjoint à témoigner a été qualifiée d’«ironie juridique» puisqu’elle empêche l’État d’avoir accès à un témoignage probant et pertinent en raison d’un principe social extrinsèque. Comme l’a affirmé David Medine, *loc. cit.*, aux pp. 545 et 546, résumant la théorie d’un commentateur bien connu en matière de droit de la preuve:

[TRADUCTION] Wigmore a aussi constaté l’existence d’une certaine ironie dans l’équilibre entre l’intérêt de la société et celui des conjoints. Si A a fait tort à B et que le témoignage du conjoint de A est nécessaire pour établir ce tort, est-ce un principe logique que de vouloir protéger le mariage de A au détriment de la capacité de B de faire la preuve de ce tort? Selon certains commentateurs, le privilège ne protège rien de plus que l’auteur d’un préjudice qui en invoque l’application.

À mon avis, toutes ces préoccupations font résolument pencher la balance en faveur de l’admission de la preuve. Le préjudice causé à l’harmonie conjugale du fait de l’admission d’un témoignage sous forme de oui-dire se trouve considérablement réduit dans le cas où la déclaration est antérieure au procès. À cet égard, la nécessité de permettre aux personnes de choisir en toute liberté de parler et l’importance de la recherche de la vérité dans un procès destiné à réparer les torts causés à la société

redress harms to society, outweigh any need to prevent this reduced threat.

I am mindful of the fact that the conclusion I have reached also casts serious doubt on at least the “incompetence” aspect of the rule preventing spouses from giving evidence in a criminal trial. It may well be that where a spouse is willing to testify at trial, the rationale of marital harmony is not enough to prevent this individual choice. This was the conclusion reached by the United States Supreme Court in *Trammel, supra*. Whether or not this witness would be compellable, of course, is another question entirely.

It is not necessary, however, for me to decide the competence question today. Here, the witness is clearly not willing to testify, and the parties made their arguments strictly on this basis. In addition, in deciding this case I did not have to consider the potential impact of the rationale that a spouse’s testimony at trial would cause a natural repugnance. That factor, along with the more severe threat to the harmony of marriage which would result from permitting the trial testimony of a spouse, would have to be considered.

I note that maintaining the incompetence rule would be a peculiar result, as it would mean that a spouse willing to give evidence could do so out of court, yet would be forbidden from testifying at trial. In my view, this unstable situation further demonstrates that this area of the law contains “significant inconsistencies and is in serious need of rationalization at the legislative level”; *per* Morden J.A. in *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (Ont. C.A.), at p. 172. That statement, made over 15 years ago, continues to ring out today, and would be wisely heeded.

Conclusion

The evidence in the case at bar was not created in a manner which offends the spousal incompetence rule, and therefore, there is no need to prevent its admission. Similarly, there is no need to consider any potential “unfairness” to the appel-

l’emportent sur tout besoin qui existerait d’empêcher cette menace réduite.

Je suis consciente du fait que ma conclusion laisse aussi planer de sérieux doutes du moins sur l’aspect «inhabilité» de la règle interdisant aux conjoints de témoigner dans un procès criminel. Dans le cas où un conjoint est disposé à témoigner au procès, il se pourrait bien que la justification de l’harmonie conjugale ne soit pas suffisante pour empêcher ce choix individuel. C’est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour suprême des États-Unis dans *Trammel*, précité. La contraignabilité de ce témoin est évidemment une toute autre question.

Cependant, je n’ai pas à trancher aujourd’hui la question de l’habilité à témoigner. En l’espèce, le témoin ne veut clairement pas témoigner et les parties ont strictement basé leurs arguments sur ce fait. En outre, pour trancher les présents pourvois, je n’avais pas à examiner l’impact possible de la justification fondée sur la répugnance naturelle liée au témoignage d’un conjoint au procès. En fait, il y aura lieu de considérer ce facteur avec celui que pose la menace plus sérieuse pour l’harmonie du mariage à laquelle donnerait lieu le fait d’autoriser un conjoint à témoigner au procès.

Le maintien de la règle de l’inhabilité à témoigner donnerait à mon avis un résultat étrange, en ce qu’un conjoint désireux de témoigner pourrait le faire hors cour, mais ne pourrait pas témoigner au procès. À mon avis, cette position insoutenable démontre aussi que ce domaine du droit renferme: [TRADUCTION] «d’importantes incompatibilités et a vraiment besoin d’être rationalisé par le législateur»; selon le juge Morden dans *R. c. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (C.A. Ont.), à la p. 172. Cet énoncé, formulé il y a plus de 15 ans, continue de résonner de nos jours et il serait sage d’en tenir compte.

Conclusion

La preuve dans cette affaire n’a pas été constituée d’une façon qui contrevienne à la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner et, par conséquent, il n’y a pas lieu d’en forclore l’admission. De même, il n’est pas nécessaire de décider cas par

138

139

140

141

lant's marriage arising from the admission as part of a case-by-case inquiry. I would dispose of this case in the manner proposed by the Chief Justice and Iacobucci J.

The reasons of Sopinka, McLachlin and Major JJ. were delivered by

142 MAJOR J. (dissenting) — I agree with the reasons of the Chief Justice and Justice Iacobucci except on two issues. The first is their use of the principled exception to the hearsay rule to avoid the policy underlying s. 4 of the *Canada Evidence Act.*, R.S.C., 1985, c. C-5. The second is their interference with the trial judge's residual discretion to exclude evidence.

143 As my view on the first issue results in allowing the appeals it is unnecessary to elaborate on the second issue.

144 The appellant Hawkins and the co-accused were jointly charged with conspiracy to obstruct justice. Hawkins was also charged with having corruptly accepted money and obstruction of justice. Graham, the girlfriend of Hawkins, provided damaging evidence against him at the preliminary inquiry on these charges. She later returned to the preliminary inquiry and recanted much of her previous testimony. Before trial, Hawkins and Graham married. The trial judge found her not compellable to give testimony at trial against her husband, the appellant, citing the common law rule of spousal incompetence that underlies s. 4 of the *Canada Evidence Act.* The Crown then sought to introduce a transcript of the evidence given by Graham at the preliminary inquiry before their marriage. The trial judge refused to allow the admission of the transcript.

145 The Ontario Court of Appeal overturned the trial judge, and would have allowed the admission of the transcript: (1995), 37 C.R. (4th) 229, 22 O.R. (3d) 193, 96 C.C.C. (3d) 503, 79 O.A.C. 241. Arbour J.A. based her decision to admit the evi-

cas si l'admission du témoignage risquerait d'être «inéquitable» pour le mariage de l'appelant. Je trancherais les pourvois de la façon proposée par le Juge en chef et le juge Iacobucci.

Version française des motifs des juges Sopinka, McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissent) — Je suis d'accord avec les motifs du Juge en chef et du juge Iacobucci, à l'exception de deux points. Le premier a trait à l'utilisation qu'ils font de l'exception de principe à la règle du ouï-dire pour ainsi déroger à la politique générale qui sous-tend l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Le second a trait à leur intervention à l'encontre du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'écarter des éléments de preuve.

Étant donné ma position sur le premier point, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et il n'est donc pas nécessaire que je traite du second point.

L'appelant Hawkins et l'autre prévenu ont été accusés conjointement de complot en vue d'entraver la justice. Hawkins a également été accusé d'avoir par corruption accepté de l'argent et d'avoir entravé la justice. Graham, la petite amie de Hawkins, a rendu un témoignage compromettant contre lui à l'enquête préliminaire. Par la suite, elle a déposé à nouveau à l'enquête préliminaire et rétracté en grande partie son témoignage précédent. Avant le procès, Hawkins et Graham se sont mariés. Se fondant sur la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner qui sous-tend l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge du procès a conclu que Graham ne pouvait pas être contrainte à témoigner au procès contre son mari, l'appelant. Le ministère public a ensuite cherché à utiliser la transcription de la déposition faite par Graham à l'enquête préliminaire avant le mariage. Le juge du procès n'a pas permis que cette transcription soit versée en preuve.

La Cour d'appel de l'Ontario a renversé la décision du juge du procès, étant d'avis d'admettre la transcription: (1995), 37 C.R. (4th) 229, 22 O.R. (3d) 193, 96 C.C.C. (3d) 503, 79 O.A.C. 241. Le juge Arbour a fondé sa décision d'accepter la

dence alternatively on s. 715 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and the principled exception to hearsay. In a concurring opinion, Weiler J.A. would have modified the common law rule of spousal incompetence to allow the Crown to compel Graham to testify, but would not have found the prior testimony admissible under either theory accepted by Arbour J.A. At the date of this Court's hearing, the couple remained married.

The spousal incompetence rule has been part of the common law for more than two hundred years. Its present form, recognized and slightly modified by s. 4 of the *Canada Evidence Act*, renders the spouse of an accused person incompetent to testify for the prosecution against their accused spouse. It was argued before this Court that the rule should be incrementally modified in this case, similar to what was done in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, to allow the Crown to compel Graham to testify against her husband. I agree with my colleagues, at their para. 45, that the "proposed changes, far from being incremental, would strike at the heart of the traditional rule of spousal incompetency". I also agree that making Graham compellable by the Crown would threaten the couple's genuine marital harmony. The Chief Justice and Iacobucci J. are correct in their conclusion that the common law rule of spousal incompetence does not need modification.

I agree with the Chief Justice and Iacobucci J. that s. 715 of the *Criminal Code* is not applicable to these facts. It is not accurate to describe Graham's marriage to Hawkins as a refusal to give testimony. The law renders her incompetent to give testimony, regardless of her choice.

I disagree with their conclusion that the facts in this case permit the use of a principled exception to the hearsay rule.

preuve, tant sur l'art. 715 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, que sur une exception de principe à la règle du oui-dire. Dans ses motifs concordants, le juge Weiler s'est dite d'avis de modifier la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner, de manière à permettre au ministère public de contraindre Graham à témoigner, mais elle estimait que l'admissibilité du témoignage antérieur ne pouvait reposer sur aucune des raisons invoquées par le juge Arbour. Au moment de l'audition devant notre Cour, le couple était encore marié.

La règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner fait partie de la common law depuis plus de 200 ans. Dans son état actuel, la règle, confirmée mais légèrement modifiée par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, rend le conjoint d'un accusé inhabile à témoigner pour le poursuivant contre son conjoint. On a fait valoir devant notre Cour que la règle devrait en l'espèce faire l'objet d'une modification progressive, comme celle apportée par l'arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, afin de permettre au ministère public de contraindre Graham à témoigner contre son mari. Tout comme mes collègues (au par. 45 de leurs motifs), je suis d'avis que les «changements proposés, loin d'être progressifs, porteraient atteinte au fondement même de la règle traditionnelle de l'inhabilité du conjoint à témoigner». Je conviens également que rendre Graham contraignable pour le compte du ministère public risquerait de compromettre l'harmonie véritable du couple. Le Juge en chef et le juge Iacobucci ont raison de conclure qu'il ne faut pas modifier la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner.

Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Iacobucci pour dire que l'art. 715 du *Code criminel* ne s'applique pas aux faits de l'espèce. Il est inexact de qualifier le fait que Graham a épousé Hawkins de refus de témoigner. La common law la rend inhabile à témoigner, quel que soit son choix.

Je ne suis pas d'accord avec leur conclusion selon laquelle les faits de l'espèce permettent d'invoquer une exception de principe à la règle du oui-dire.

146

147

148

Overriding Spousal Incompetence

149 To introduce evidence through the principled exception to the hearsay rule, two elements must be satisfied: necessity and reliability. My colleagues find the necessity element easily satisfied; see para. 73 of their reasons:

In this instance, we are satisfied that Graham was unavailable to testify on behalf of the Crown for the purposes of the necessity criterion. The prosecution could not call upon Graham to testify as a result of her spousal incompetency, and there was no other means of presenting evidence of a similar value before the court. In both *Khan*, at p. 548, and *Rockey*, *supra*, at para. 20, the Court similarly found that the necessity criterion would be met in circumstances where a child declarant was legally incompetent to give *viva voce* evidence at trial.

This reasoning appears to ignore the fact that in both *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, *per* McLachlin J., what created the necessity for the use of hearsay testimony was s. 16 of the *Canada Evidence Act*, and not the common law underlying s. 4 as in the present case. The sections have different policy goals, and must be treated differently in the analysis of the necessity element of the principled exception to hearsay.

150 For ease of reference the relevant parts of the sections read:

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

16. (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

(a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

Dérogation à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner

Pour utiliser des éléments de preuve en vertu d'une exception de principe à la règle du ouï-dire, il faut satisfaire à deux exigences: la nécessité et la fiabilité. Mes collègues concluent, au par. 73 de leurs motifs, que la première exigence est facilement respectée:

En l'espèce, aux fins de l'application du critère de la nécessité, nous sommes convaincus que Graham ne pouvait témoigner pour le compte du ministère public. Le poursuivant ne pouvait assigner Graham à témoigner en raison de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, et il n'existait aucun autre moyen de présenter au tribunal une preuve d'une valeur similaire. Dans *Khan*, à la p. 548, et dans *Rockey*, précité, au par. 20, notre Cour a de la même façon conclu qu'il serait satisfait au critère de la nécessité dans le cas où un enfant qui a fait une déclaration était, en droit, inhabile à témoigner de vive voix au procès.

Ce raisonnement ne semble pas tenir compte du fait que tant dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, que dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, le juge McLachlin, ce qui a créé la nécessité d'utiliser le ouï-dire était l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et non, comme en l'espèce, la common law sous-tendant l'art. 4. Ces articles ont des objectifs qui correspondent à des politiques différentes et doivent être traités différemment lors de l'analyse relative à l'exigence de nécessité aux fins de l'exception de principe à la règle du ouï-dire.

Par souci de commodité, je reproduis les parties pertinentes des articles en question:

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

16. (1) Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si:

a) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;

(b) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may, notwithstanding any provision of any Act requiring an oath or a solemn affirmation, testify on promising to tell the truth.

(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

The policy behind s. 16 is to ensure that witnesses who take the stand are able and likely to be telling the truth. The section renders certain potential witnesses incompetent to give testimony because the law doubts their testimonial ability to enhance the search for truth. Individual statements, however, may have been made in the past by these incompetent witnesses in such circumstances that the court is reasonably sure of the statements' veracity. Normally, these out-of-court statements are separately barred from admission by the hearsay rule. In the cases of *Khan* and *Rockey* this Court used a principled exception to the hearsay rule to introduce these individual statements into evidence through a hearsay witness where there existed circumstantial guarantees of trustworthiness surrounding their making. The element of necessity, required to introduce these statements, is that of witness incompetence under s. 16. By using an exception to hearsay, the court is actually fulfilling the policy of s. 16 in ensuring that the search for truth includes this trustworthy evidence that would not normally be heard in court.

On the other hand, the common law recognized in s. 4 of the *Canada Evidence Act* has the main policy goals of the maintenance of marital har-

b) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut, malgré qu'une disposition d'une loi exige le serment ou l'affirmation, témoigner en promettant de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

La politique qui sous-tend l'art. 16 vise à garantir que les personnes qui témoignent en sont capables et qu'elles diront vraisemblablement la vérité. L'article déclare inhabiles à témoigner certaines personnes qui pourraient être appelées à le faire, parce que la loi met en doute leur capacité de contribuer à la recherche de la vérité. Cependant, des déclarations particulières de ces personnes inhabiles à témoigner peuvent avoir été faites dans le passé dans des circonstances telles que le tribunal puisse être raisonnablement sûr de leur véracité. Normalement, ces déclarations extrajudiciaires sont comme telles écartées de la preuve en vertu de la règle du ouï-dire. Dans *Khan* et *Rockey*, notre Cour a utilisé une exception de principe à la règle du ouï-dire afin que ces déclarations particulières soient versées en preuve grâce à un témoignage de ouï-dire, parce qu'il existait des garanties circonstancielles de fiabilité. L'élément de nécessité, requis pour qu'on puisse utiliser ces déclarations, est l'inhabilité des témoins au sens de l'art. 16. En faisant une exception à la règle du ouï-dire, le tribunal obéit en fait à la politique générale de l'art. 16 en s'assurant que la recherche de la vérité inclut ces éléments de preuve fiables, qui ne seraient normalement pas utilisés en cour.

Par contre, la common law reconnue à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* a pour principaux objectifs de préserver l'harmonie conjugale et

mony and the prevention of the natural repugnance that results in having one testify against his or her accused spouse. The policy supporting s. 4 is very different from that behind s. 16. Section 4 ensures that spouses, otherwise credible witnesses, who possess relevant evidence never testify in court. The policy may be seen to militate against the search for truth, for the overriding reason of marital harmony. However, the policy is grounded in statute and is recognized in the provisions of the *Canada Evidence Act* so that if the policy is to change it clearly falls to the Parliament of Canada to do so.

153 The principled exception to hearsay created by my colleagues to allow hearsay statements of incompetent spouses into evidence violates the policy of s. 4 by forcing spouses to provide evidence against each other. It amounts to an extension of the principled exception to hearsay to make the evidence admissible through the so-called back door. This should not happen. It is clear the best form of this evidence, direct testimony, is barred from the courtroom for policy reasons. We should not use the very policy that bars the direct testimony to allow the introduction of lower quality hearsay testimony.

154 I cannot accept that the admission of this evidence could not have a detrimental effect on the marriage of Hawkins and Graham. It was conceded that this is not a "sham" marriage, but one that has lasted over seven years. The parties have fulfilled their mutual obligations of care and support. Should the previous testimony of Graham be used to convict Hawkins, it would violate the policy foundation of s. 4 and have the potential to destroy an otherwise successful marriage.

155 This is so whether the evidence is given at the trial or given at the preliminary hearing before the marriage and read in at the trial. The fact that the evidence was in existence prior to the marriage creates at most a distinction without any differ-

d'éviter la répugnance naturelle à laquelle donne lieu le témoignage d'une personne contre un accusé qui est son conjoint. La politique générale sous-jacente à l'art. 4 est très différente de celle qui sous-tend l'art. 16. L'article 4 fait en sorte que les conjoints, qui seraient par ailleurs des témoins crédibles et qui pourraient rendre un témoignage pertinent, ne déposent jamais. Cette politique peut sembler aller à l'encontre de la recherche de la vérité, au nom de l'harmonie conjugale. Cependant, elle est intégrée à une loi, la *Loi sur la preuve au Canada*, dont les dispositions en réaffirment le principe. Par conséquent, s'il y a une modification à lui apporter, il incombe clairement au législateur fédéral de s'en charger.

L'exception de principe à la règle du ouï-dire, que mes collègues créent afin que puissent être acceptées en preuve des déclarations relatées par des conjoints inhabiles à témoigner, viole la politique de l'art. 4 en ce sens qu'elle force les conjoints à témoigner l'un contre l'autre. Cela équivaut à rendre cette exception plus libérale, par un moyen détourné. Il ne devrait pas en être ainsi. Il est clair que le témoignage direct, la meilleure forme de preuve, est interdit en salle d'audience pour des considérations de principe. Nous ne devrions pas faire appel au principe même qui interdit le témoignage direct pour permettre la production d'un ouï-dire, preuve d'une qualité moindre.

Je ne puis accepter que l'utilisation de ce témoignage ne pourrait avoir d'effet préjudiciable sur le mariage de Hawkins et Graham. Il a été admis qu'il ne s'agit pas d'une «façade», mais d'un mariage qui dure depuis plus de sept ans. Les conjoints ont rempli leurs obligations mutuelles de soins et de soutien. L'utilisation du témoignage antérieur de Graham pour obtenir une déclaration de culpabilité contre Hawkins violerait la politique à la base de l'art. 4 et pourrait détruire un mariage par ailleurs réussi.

Il en est ainsi, que le témoignage soit recueilli au procès ou qu'il soit recueilli à l'enquête préliminaire avant le mariage et déposé au procès. Le fait que le témoignage existait avant le mariage crée tout au plus une distinction superficielle. L'utilisa-

ence. The admission of the evidence offends both the letter and the spirit of the spousal incompetence rule. My colleagues concede that this is not a case where the common law rule of spousal incompetence should be modified. This should also apply with equal force to Graham's testimony given at the preliminary inquiry.

I subscribe to the view expressed by the U.S. Court of Appeal for the Fifth Circuit in *Ivey v. United States*, 344 F.2d 770 (1965), at p. 772:

[The hearsay witness's] testimony relating what [the accused's wife] had told him about [the accused's] participation in the importation not only violates the rule against admitting hearsay testimony but also the rule against admitting testimony of one spouse against the other.

. . .

She might as well be permitted to testify against her husband in open court as to permit the introduction of a statement she had made against him out of court. [Emphasis added.]

This is not an entirely new issue. In *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at §2232, the learned authors comment that:

It can be argued that that which is privileged is the testimonial utterance in any form, by the wife or husband, offered against the other. Hearsay statements — oral or documentary — are testimonial utterances. Hence, it would follow that they are equally privileged with testimony on the stand.

The authors of *Wigmore* are referring, in this section, to the use of hearsay exceptions in general. It is important to affirm this statement. When evidence is excluded for policy reasons, that policy should not form the basis for the admission of that evidence by the indirect method proposed by my colleagues.

tion de cet élément de preuve va à l'encontre tant de la lettre que de l'esprit de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Mes collègues admettent qu'il ne s'agit pas d'un cas où la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner devrait être modifiée. Cette conclusion devrait tout autant s'appliquer au témoignage que Graham a rendu à l'enquête préliminaire.

Je souscris à l'opinion exprimée par la Court of Appeal for the Fifth Circuit des États-Unis dans *Ivey c. United States*, 344 F.2d 770 (1965), à la p. 772:

[TRADUCTION] Le témoignage [que rend une personne sous forme de oui-dire] rapportant ce que [l'épouse de l'accusé] lui a dit au sujet de [la] participation [de l'accusé] dans l'importation viole non seulement la règle contre le oui-dire, mais aussi la règle contre le témoignage d'une personne contre son conjoint.

. . .

On pourrait tout aussi bien permettre à l'épouse de témoigner en cour contre son mari, tant qu'à admettre en preuve une déclaration extrajudiciaire qu'elle a faite contre lui. [Je souligne.]

Il ne s'agit pas d'une nouvelle question. Dans *Wigmore on Evidence* (rév. McNaughton 1961), vol. 8, au §2232, les auteurs font le commentaire suivant:

[TRADUCTION] On peut soutenir que ce qui fait l'objet d'un privilège, c'est le dépôt d'un témoignage, quelle que soit sa forme, par l'un des conjoints contre l'autre. La déclaration relatée, qu'elle soit orale ou documentaire, constitue le dépôt d'un témoignage. Par conséquent, il devrait s'ensuivre que ces formes de témoignages font l'objet d'un privilège de même importance qu'une déposition faite à la barre.

Ces auteurs traitent, dans cette partie de leur ouvrage, de l'utilisation d'exceptions à la règle du oui-dire en général. Il est important de le souligner. Lorsque la preuve est écartée pour des considérations de principe, ce principe ne devrait pas servir de fondement à l'utilisation de cette preuve au moyen de la méthode indirecte proposée par mes collègues.

158

In §2232, quoted above, the authors of *Wigmore* cross-reference §2325, on attorney-client privilege, which states:

Clearly the privilege could not permit an evasion by receiving the voluntary extrajudicial disclosures of the attorney. Supposing them to be somehow admissible in spite of the hearsay rule, they would be equally a violation of the privilege with his voluntary disclosures on the stand. If his disclosure has taken the form of handing a confidential document to a third person, the objection is equally forcible, and the question is not complicated with the hearsay rule.

It is hardly arguable that the necessity element of the principled exception to hearsay would be satisfied by the accused's assertion of solicitor-client privilege over a "piece" of hearsay evidence. It is unlikely that my colleagues would even consider the use of the principled exception at all. It would subvert the policy underlying privilege. So too does the use of the principled exception in the present case avoid the policy underlying the spousal incompetence rule.

159

A species of this argument has been considered by this Court. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, Lamer C.J. discussed the threshold that must be met before the admission of prior inconsistent statements through the principled exception to hearsay (at p. 784):

... I would adopt the requirement embodied in the provision proposed by the Law Reform Commission of Canada, and in the English *Civil Evidence Act 1968*, that prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony. That is, if the witness could not have made the statement at trial during his or her examination-in-chief or cross-examination, for whatever reason, it cannot be made admissible through the back door, as it were, under the reformed prior inconsistent statement rule.

Although Lamer C.J.'s statement of the rule is in the context of prior inconsistent statements, and discusses the issue as a preliminary matter, it can

Au §2232, cité ci-dessus, les auteurs renvoient au §2325, qui porte sur le privilège du secret professionnel de l'avocat et qui affirme:

[TRADUCTION] Il est clair que le privilège ne permettrait pas que l'on se dérobe à la règle par l'utilisation des divulgations extrajudiciaires volontaires de l'avocat. Même en supposant qu'elles soient de quelque façon utilisables en dépit de la règle du ouï-dire, ces divulgations constitueraient également une violation du privilège s'il les faisait volontairement à l'audience. Si la divulgation dont il s'agit est la remise d'un document confidentiel à un tiers, il y a tout autant lieu de s'y opposer, sans qu'il soit besoin de faire intervenir la règle du ouï-dire.

On peut difficilement soutenir qu'il puisse être satisfait à l'exigence de nécessité de l'exception de principe à la règle du ouï-dire si l'accusé invoque le privilège du secret professionnel de l'avocat relativement à un «élément» de ouï-dire. Il est peu probable que mes collègues considéreraient même la possibilité d'utiliser l'exception de principe. Cela minerait la politique qui sous-tend le privilège. De même, en l'espèce, l'utilisation de l'exception de principe déroge à la politique qui sous-tend la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner.

Notre Cour a déjà examiné un argument de ce genre. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, le juge en chef Lamer a analysé les conditions préalables à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles en vertu de l'exception de principe à la règle du ouï-dire (à la p. 784):

... je ferais mienne l'exigence incorporée dans le projet d'article de la Commission de réforme du droit du Canada et dans la *Civil Evidence Act 1968* de l'Angleterre, selon laquelle ne seraient admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin. C'est-à-dire que, si le témoin n'aurait pas pu faire la déclaration au procès au cours de son interrogatoire principal ou de son contre-interrogatoire, pour quelque raison que ce soit, elle ne saurait être admissible indirectement, en application de la règle réformée relative aux déclarations antérieures incompatibles.

Bien que la règle ait été énoncée par le juge en chef Lamer en rapport avec les déclarations antérieures incompatibles et traitée comme une ques-

be applied to the case at bar. This was also the view of Weiler J.A. in the Ontario Court of Appeal, at p. 269 C.R.:

If Graham were called to testify at Hawkins' trial (without any modification of the common law) she could not make any statement because she would be considered incompetent. In this sense, the evidence would not satisfy the precondition for the admissibility of hearsay evidence required under *K.G.B.* One cannot admit statements through the "back door" when a witness could not make those statements at trial.

The Crown is attempting to introduce evidence through a principled exception to hearsay, evidence which the Crown would not be permitted to obtain through direct testimony. This is using the so-called back door to overcome the prohibition acknowledged in s. 4 of the *Canada Evidence Act*. Graham could not take the stand at trial. Reading in Graham's testimony from the preliminary inquiry equates with forcing her to give testimony against her husband.

There appears to be little Canadian jurisprudence on this question. However, the same situation arose almost contemporaneously in Saskatchewan. In *R. v. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147 (Q.B.), the girlfriend of the accused gave evidence at a preliminary inquiry. They married before the trial. As she was therefore incompetent to testify against her husband at trial, the Crown attempted to introduce into evidence a transcript of her preliminary inquiry testimony. Baynton J. cited the section of Lamer C.J.'s judgment in *B. (K.G.)* quoted above for the proposition that the reformed prior inconsistent statements rule should not be used to admit evidence that would be inadmissible as direct testimony, and then held (at p. 152) that:

If this admissibility principle or condition applies to hearsay statements in general, and not just those that are [*sic*] constitute prior inconsistent statements, it can be argued that the Crown in tendering Ms. Myden's testimony at the preliminary inquiry is doing indirectly what it cannot do directly at the trial. The Crown is prevented

tion préliminaire, elle peut être appliquée à l'es-pèce. Le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario était aussi de cet avis, à la p. 269 C.R. de ses motifs:

[TRADUCTION] Si Graham était assignée à témoigner contre Hawkins à son procès (sans modification de la common law), elle ne pourrait faire aucune déclaration parce qu'elle serait considérée inhabile. En ce sens, le témoignage ne satisferait pas à la condition préalable à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire établie par l'arrêt *K.G.B.* On ne peut accepter indirectement en preuve des déclarations que le témoin ne pourrait pas faire au procès.

Le ministère public tente de présenter, au moyen d'une exception de principe à la règle du ouï-dire, une preuve qu'il ne pourrait présenter par un témoignage direct. C'est là agir indirectement pour déroger à l'interdiction reconnue par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Graham ne pourrait pas témoigner au procès. Y déposer le témoignage qu'elle a fourni à l'enquête préliminaire équivaut à la forcer à témoigner contre son mari.

Il semble y avoir peu de jurisprudence canadienne sur la question. Toutefois, la même situation s'est présentée presque en même temps en Saskatchewan. Dans l'affaire *R. c. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147 (B.R.), la petite amie de l'accusé a témoigné à l'enquête préliminaire. Ils se sont mariés avant le procès. Étant donné qu'elle était inhabile à témoigner contre son mari au procès, le ministère public a tenté de déposer en preuve la transcription de son témoignage à l'enquête préliminaire. Le juge Baynton, invoquant l'extrait cité ci-dessus des motifs du juge en chef Lamer dans *B. (K.G.)*, a affirmé que la règle réformée relative aux déclarations antérieures incompatibles ne devrait pas être appliquée de manière à accepter des éléments de preuve qui ne pourraient pas faire partie d'un témoignage direct, et il a ensuite affirmé (à la p. 152):

[TRADUCTION] Si ce principe ou cette condition d'utilisation de la preuve s'applique en général aux déclarations relatées et pas seulement à celles qui constituent des déclarations antérieures incompatibles, on peut faire valoir que le ministère public, en versant en preuve le témoignage que M^{me} Myden a rendu à l'enquête préli-

by a rule of evidence, (not just the old hearsay rule, but a common law rule of competency and compellability often referred to by the case law and legal authors as a “spousal privilege”), from calling Ms. Myden as a witness at trial. If her testimony at the preliminary inquiry is allowed in, it is in many respects equivalent to her testifying on behalf of the Crown at the trial of her husband. Her testimony at the trial is what the common law and s. 4 [of] the *Canada Evidence Act* preclude.

If it is the testimony of the spouse as a witness at the trial that is precluded or privileged, then it seems contrary to the principles of “spousal privilege” (that involves not only compellability but competence), that the testimony of that spouse can nevertheless be introduced by the Crown on the basis of an expanded hearsay admissibility rule.

It was clear to Baynton J. that using a hearsay exception would avoid the policy of spousal incompetence.

¹⁶¹ In *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980), the United States Supreme Court modified the common law rule on spousal incompetence to give the witness-spouse, rather than the accused spouse, control over whether they would give testimony in a case where their spouse is the accused. This was done by modifying the common law, and not overriding a statute like s. 4 of the *Canada Evidence Act*. I have already agreed with my colleagues that we should not modify the rule of spousal incompetence. Nor should we avoid that rule by the use of a hearsay exception.

¹⁶² A principled exception to hearsay should not be used to allow the Crown to introduce lower quality evidence (the transcript of Graham’s preliminary inquiry testimony) when they are barred by the spousal incompetence rule from introducing direct testimony from her to the same effect. This vio-

minaire, fait indirectement ce qu’il ne peut faire directement au procès. Une règle de preuve (pas seulement la règle du ouï-dire traditionnelle, mais une règle de common law relative à l’habilité et à la contraignabilité souvent appelée par la jurisprudence et la doctrine «privilege relatif aux conjoints») empêche le ministère public de faire témoigner M^{me} Myden au procès. Si le témoignage qu’elle a rendu à l’enquête préliminaire était accepté en preuve, cela équivaldrait, à bien des égards, à la faire témoigner pour le compte du ministère public au procès de son mari. C’est cette déposition au procès que la common law et l’art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* interdisent.

Si la déposition d’un conjoint comme témoin lors d’un procès est interdite ou fait l’objet d’un privilège, il semble alors contraire aux principes du «privilege relatif aux conjoints» (qui a rapport non seulement à la contraignabilité, mais aussi à l’habilité) que le témoignage d’un conjoint puisse quand même être déposé par le ministère public en vertu d’une règle d’admissibilité plus libérale du ouï-dire.

Le juge Baynton a vu clairement que l’utilisation d’une exception à la règle du ouï-dire constituerait une dérogation à la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner.

Dans l’arrêt *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980), la Cour suprême des États-Unis a modifié la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner afin de donner au conjoint témoin, plutôt qu’au conjoint accusé, le droit de décider de témoigner ou non. Cette modification ne portait que sur la common law, et ne constituait pas une dérogation à un texte de loi comme l’art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. J’ai déjà mentionné que je suis d’accord avec mes collègues pour dire que nous ne devrions pas modifier la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner. Nous ne devrions pas non plus déroger à la règle au moyen d’une exception au ouï-dire.

Il ne devrait pas être permis au ministère public, au moyen d’une exception de principe à la règle du ouï-dire, de présenter une preuve de moindre qualité (la transcription du témoignage de Graham fourni à l’enquête préliminaire), lorsqu’il lui est interdit, en vertu de la règle de l’incapacité du con-

lates the law and is contrary to express legislative policy. I would restore the decision of Philp J. to exclude this evidence.

It may be that the policy excluding spousal evidence does not serve societal interests. If that is so it seems apparent that the change should be legislative.

I would allow the appeals and restore the decision of Philp J.

Appeals dismissed, SOPINKA, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant Hawkins: Peter B. Hambly, Kitchener, Ontario.

Solicitor for the appellant Morin: Harald A. Mattson, Kitchener, Ontario.

Solicitors for the respondent: Catherine A. Cooper and Jamie Klukach, Toronto.

joint à témoigner, de présenter le témoignage direct de ce conjoint. Une telle mesure violerait la loi et serait contraire à la politique explicite de la loi. Je suis d'avis de rétablir la décision du juge Philp d'écarter ce témoignage.

Il se peut que la politique écartant le témoignage du conjoint ne serve pas l'intérêt de la société. Si c'est le cas, il semble évident que le changement à opérer est du domaine législatif.

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir la décision du juge Philp.

Pourvois rejetés, les juges SOPINKA, MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appellant Hawkins: Peter B. Hambly, Kitchener (Ontario).

Procureur de l'appellant Morin: Harald A. Mattson, Kitchener (Ontario).

Procureurs de l'intimée: Catherine A. Cooper et Jamie Klukach, Toronto.

163

164

R.R.I. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. I. (R.R.)

File No.: 25042.

1996: November 29.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA*Criminal law — Sexual offences — Motion to adduce fresh evidence dismissed — Court of Appeal's judgment dismissing accused's appeal upheld.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 67 B.C.A.C. 137, 111 W.A.C. 137, dismissing the accused's appeal from his conviction of several sexual offences. Appeal dismissed.

*Russell W. Cornett and Charles Lugosi, for the appellant.**Elizabeth A. Bennett, Q.C., for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ THE CHIEF JUSTICE — The motion to adduce fresh evidence is dismissed. The appeal, which comes to us as of right, equally is dismissed.

² In dismissing the appeal, we should like to endorse the remarks below as regards the impropriety, be it in British Columbia or anywhere else in Canada, to proceed in the manner the Crown did.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Lugosi & Cornett, Prince George.***R.R.I. Appellant**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. I. (R.R.)

N° du greffe: 25042.

1996: 29 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE*Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Rejet d'une requête en production d'une nouvelle preuve — Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel rejetant l'appel de l'accusé.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 67 B.C.A.C. 137, 111 W.A.C. 137, rejetant l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de plusieurs infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

*Russell W. Cornett et Charles Lugosi, pour l'appelant.**Elizabeth A. Bennett, c.r., pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — La requête visant la production d'une nouvelle preuve est rejetée. Le pourvoi, formé de plein droit, est également rejeté.

En rejetant le pourvoi, nous aimerions souscrire aux remarques faites en Cour d'appel au sujet de l'inopportunité, que ce soit en Colombie-Britannique ou ailleurs au Canada, de procéder comme l'a fait le ministère public.

*Jugement en conséquence.**Procureurs de l'appelant: Lugosi & Cornett, Prince George.*

Solicitor for the respondent: Elizabeth A. Bennett, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Elizabeth A. Bennett, Vancouver.

Henry Lewis Bramwell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BRAMWELL

File No.: 25211.

1996: November 29.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Stay of proceedings — Trial judge erring in granting stay of proceedings — Court of Appeal justified in reviewing and reversing trial judge's exercise of discretion.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 72 B.C.A.C. 125, 119 W.A.C. 125, 106 C.C.C. (3d) 365, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings and ordering a new trial. Appeal dismissed.

James W. Millar, for the appellant.

Bruce Johnstone, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — This appeal is here as of right. We agree with the Court of Appeal that this was not one of the clearest cases in which a stay of proceedings was warranted. In our opinion, the Court of Appeal was justified in reviewing and reversing the trial judge's exercise of his discretion by reason of the trial judge's failure to take into account the absence on the part of the appellant of timely objection to non-disclosure and by reason of the

Henry Lewis Bramwell *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BRAMWELL

N° du greffe: 25211.

1996: 29 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Arrêt des procédures — Le juge du procès a fait erreur en accordant l'arrêt des procédures — La Cour d'appel était justifiée de contrôler l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire et d'infirmar sa décision.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 72 B.C.A.C. 125, 119 W.A.C. 125, 106 C.C.C. (3d) 365, qui a accueilli l'appel formé par le ministère public à l'encontre de l'arrêt des procédures et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

James W. Millar, pour l'appellant.

Bruce Johnstone, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi a été formé de plein droit. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel qu'il ne s'agissait pas d'un des cas les plus manifestes où un arrêt des procédures est justifié. À notre avis, la Cour d'appel était justifiée de contrôler l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire et d'infirmar la décision de ce dernier pour le motif qu'il n'avait pas tenu compte du fait que l'appellant n'avait pas soulevé, en temps opportun, d'objection concernant la non-communication de la preuve, et pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en con-

trial judge's error in finding that a stay was the only appropriate remedy. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: James W. Millar Law Corp., Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

cluant que l'arrêt des procédures était la seule réparation convenable. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: James W. Millar Law Corp., Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Morgan Francis Hinchey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. HINCHEY

File No.: 24430.

1996: April 26; 1996: December 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Corruption — Elements of offence — Government official or employee — Accepting of a “commission, reward, advantage or benefit of any kind” — Provincial government employee’s wife placed on payroll of company having dealings with government but never asked to do any work — Whether elements of offence proven — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121(1)(c).

Criminal law — Trial — Charge to jury — Conduct of trial — Whether trial judge’s errors and persistent interference preventing accused from receiving fair trial — Whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The appellant was employed as a district engineer by the provincial transportation department. During 1984 the general manager of a company engaged in the construction of roads for the province and various municipalities placed the appellant’s wife on the company’s payroll as a standby flag person. She was never asked to do any work yet she received payments from the company in the amount of some \$7,400. The company also provided her with a record of employment confirming that she had been employed for 20 weeks, thereby qualifying for unemployment insurance benefits. The appellant was in charge of overseeing the construction of

Morgan Francis Hinchey *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. HINCHEY

N° du greffe: 24430.

1996: 26 avril; 1996: 12 décembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Corruption — Éléments constitutifs de l'infraction — Fonctionnaire ou employé du gouvernement — Acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» — Épouse d'un employé du gouvernement provincial placée sur la liste de paye d'une compagnie ayant des relations d'affaires avec le gouvernement, mais dont les services n'ont jamais été requis — Les éléments constitutifs de l'infraction ont-ils été prouvés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121(1)c).

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Conduite du procès — Les erreurs commises par le juge du procès et son intervention constante ont-elles privé l'accusé d'un procès équitable? — Les dispositions réparatrices sont-elles applicables? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

L'appellant était employé par le ministère des Transports provincial à titre d'ingénieur de district. En 1984, le directeur général d'une compagnie qui construisait des routes pour le compte de la province et de diverses municipalités a placé l'épouse de l'appellant sur la liste de paye de la compagnie comme signaleur en attente. Ses services n'ont jamais été requis, bien qu'elle ait reçu la somme d'environ 7 400 \$ de la compagnie. Elle a aussi reçu de la compagnie un relevé d'emploi confirmant qu'elle avait travaillé pendant 20 semaines, lui donnant ainsi droit aux prestations d'assurance-chômage. L'appellant supervisait la construction de

roads for the province and municipal authorities within the province. He dealt frequently with the company's general manager, and had the authority to direct, suspend and generally supervise the work done by the company. The appellant was aware that his wife received cheques for 20 weeks from the company and yet had not been called upon to work during that period. He was aware that standby flag persons did not usually get paid when they were not working; that the company was laying off people doing flag work in the period in which she was hired; and that despite this practice his wife had remained on the payroll without working. He was aware that the cheques payable to his wife were put in a special envelope and delivered to himself or his wife. He knew that he had not sought or obtained the consent of his employer to the receipt of any benefit. The appellant and his wife were charged with two counts of fraud and the appellant with a breach of s. 121(1)(c) of the *Criminal Code*, which makes it an offence for an official or employee of the government to accept from a person who has dealings with the government a benefit of any kind directly or indirectly, by himself or through a member of his family, unless he has the consent in writing of the head of the branch of government that employs him. They were convicted on all three charges following a trial by jury. The Court of Appeal unanimously allowed their appeal against the two fraud convictions, and a new trial was directed on those counts, but it dismissed the appellant's appeal against his conviction for breach of s. 121(1)(c).

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The crucial purpose encompassed by s. 121(1)(c) is not merely to preserve the integrity of government, but to preserve the appearance of integrity as well. Given the heavy trust and responsibility taken on by the holding of a public office or employ, it is appropriate that government officials are correspondingly held to codes of conduct which, for an ordinary person, would be quite severe. Damage to the government's integrity can occur where benefits are received by government employees even where no ill motive existed. It is inefficient for a government to be paralyzed by rumour and innuendo while an inquiry is made into the motivation behind a certain benefit or advantage conferred on an official. The section criminalizes behaviour whereby a government official or employee,

routes pour la province et des municipalités de la province. Il avait souvent à traiter avec le directeur général de la compagnie et il avait le pouvoir de diriger, de suspendre et, de façon générale, de superviser le travail exécuté par la compagnie. L'appelant savait que son épouse avait reçu des chèques de la compagnie pendant 20 semaines même si elle n'avait pas été appelée au travail pendant cette période. Il savait que les signaleurs en attente n'étaient généralement pas payés lorsqu'ils ne travaillaient pas, que la compagnie mettait à pied, dans la période où elle a été embauchée, des personnes qui faisaient le travail de signaleur et que, en dépit de cela, sa femme était restée sur la liste de paye sans travailler. Il savait que les chèques libellés au nom de sa femme étaient mis dans une enveloppe spéciale et remis à lui-même ou à son épouse. Il savait qu'il n'avait ni demandé ni obtenu le consentement de son employeur quant à l'acceptation d'un bénéfice. L'appelant et son épouse ont fait l'objet de deux chefs d'accusation de fraude et l'appelant a été accusé d'avoir violé l'al. 121(1)(c) du *Code criminel*, selon lequel commet une infraction le fonctionnaire ou employé du gouvernement qui accepte d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, de lui-même ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement qui l'emploie un consentement écrit. Ils ont été déclarés coupables des trois chefs d'accusation à l'issue d'un procès avec jury. La Cour d'appel a accueilli leur appel à l'unanimité quant aux déclarations de culpabilité pour fraude et a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur ces chefs d'accusation. Elle a cependant rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'appelant pour violation de l'al. 121(1)(c).

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'objectif crucial de l'al. 121(1)(c) n'est pas simplement de préserver l'intégrité du gouvernement, mais aussi de préserver l'apparence d'intégrité. Compte tenu de la confiance et des lourdes responsabilités qui se rattachent aux charges publiques, il est normal que les fonctionnaires du gouvernement doivent se conformer à des codes d'éthique qui, pour un simple citoyen, seraient très sévères. Un préjudice peut être causé à l'intégrité du gouvernement lorsque des fonctionnaires reçoivent des avantages, même en l'absence d'un motif illicite. Il est tout à fait stérile qu'un gouvernement soit paralysé par des rumeurs et des insinuations pendant qu'une enquête se déroule au sujet des motifs à l'origine d'un avantage ou d'un bénéfice conféré à un fonctionnaire. Cette disposition criminalise le comportement du fonctionnaire

under certain circumstances, accepts a benefit from a person who has dealings with the government. The offence created is a “conduct” crime, meaning that it does not require a particular result to flow from the commission of the prohibited act.

Parliament worded s. 121(1)(c) broadly and did not intend to restrict its application solely to situations where the gift was motivated by the recipient’s position in government. The section’s potentially wide application can be limited through statutory interpretation without introducing an additional element. The first component of the section is that a commission, reward, advantage or benefit of any kind be given by a person having “dealings with the government”. The proper interpretation of the term “dealings” is the narrow one, whereby only where persons are in the process of having commercial dealings with the government at the time of the offence is the conduct trapped under the section.

The second element of the *actus reus* is the receipt of that “commission, reward, advantage or benefit of any kind” by a government employee. The phrase “of any kind” was not meant to widen the scope of the provision’s reach. It was not worded or intended to mean “of whatever amount” or “of any value”, but rather was intended to trap diverse forms of benefits other than those of a strictly monetary nature. Many of the absurd consequences of adopting an unlimited wide meaning of the term “advantage or benefit” can be avoided by a stricter reading of the term, and a recognition that it requires the beneficiary to have secured a material or tangible gain before falling into the confines of the section. It is important to consider the relationship between the parties as well as the scope of the benefit. The closer the relationship, the less likely the gift should be perceived as an advantage or benefit to the recipient. Whether a gift can be seen as a true “benefit” to someone is a question of fact for the jury to determine based on all the evidence in the case.

With respect to *mens rea*, since this offence constitutes a “conduct” crime, it requires that to be culpable the accused know of the conduct he or she committed, and have knowledge of the circumstances in which it occurred. In order to prove the offence in s. 121(1)(c), it is thus necessary for the Crown to prove the following fault elements: (a) an employee’s conscious decision to accept what in all of the circumstances is found to be a

ou employé du gouvernement qui, dans certaines circonstances, accepte un bénéfice d’une personne qui a des relations d’affaires avec le gouvernement. L’infraction créée est un crime «lié au comportement», ce qui signifie qu’il n’est pas nécessaire qu’un résultat donné découle de la perpétration de l’acte interdit.

Le législateur a libellé l’al. 121(1)c) d’une façon large et n’avait pas l’intention d’en restreindre l’application uniquement aux situations dans lesquelles le cadeau était motivé par la fonction du récipiendaire dans le gouvernement. Il est possible d’en limiter l’application potentiellement large par le biais de l’interprétation statutaire sans y introduire d’élément additionnel. Le premier élément de cet alinéa est qu’une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature doit être donné par une personne qui a des «relations d’affaires avec le gouvernement». Il faut accorder au terme «dealings» dans le texte anglais l’interprétation restreinte en vertu de laquelle seules les personnes qui ont des relations d’affaires avec le gouvernement au moment de la perpétration de l’infraction sont visées par l’alinéa.

Le deuxième élément de l’*actus reus* est l’acceptation d’«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par un fonctionnaire. L’expression «de quelque nature» n’était pas destinée à élargir la portée de l’alinéa. Elle n’était pas censée signifier «de quelque montant que ce soit» ou «de quelque valeur que ce soit», mais englober diverses formes de bénéfices autres que ceux d’une nature strictement pécuniaire. Il est possible d’éviter une bonne partie des conséquences absurdes qui résulteraient de l’attribution d’un sens illimité aux termes «avantage ou bénéfice» en interprétant plus strictement les termes et en reconnaissant qu’ils exigent que, pour être visé par cet alinéa, le bénéficiaire ait obtenu un gain important ou concret. Il est important d’examiner les liens qui existent entre les parties ainsi que l’étendue du bénéfice. Plus les liens sont étroits, moins le cadeau devrait être considéré comme un avantage ou un bénéfice pour la personne qui le reçoit. La question de savoir s’il s’agit d’un «bénéfice» réel est une question de fait sur laquelle le jury doit se prononcer en se fondant sur l’ensemble de la preuve.

En ce qui concerne la *mens rea*, étant donné que l’infraction est un crime «lié au comportement», elle exige, pour que l’accusé soit coupable, qu’il sache ce qu’il a fait et connaisse les circonstances dans lesquelles il a commis l’acte. Pour prouver l’infraction prévue à l’al. 121(1)c), le ministère public doit donc établir les éléments suivants quant à la faute: a) la décision prise sciemment par l’employé d’accepter ce qui en tout état

“commission, reward, advantage or benefit of any kind”; and (b) knowledge (or wilful blindness) at the time of the receipt that the giver was having dealings with the government and that the employee’s superior had not consented to his or her receipt of the “commission, reward, advantage or benefit of any kind”. Since this level of *mens rea* is recognized as a valid form of criminal culpability, there is no need to add any additional components. The motivation behind a particular benefit is not a completely irrelevant consideration, however, as it is an important factor in determining the appropriate level of culpability. Clearly, where a government employee actually possessed a corrupt intention in accepting a benefit he or she will usually merit a higher sentence than a person lacking such a motive.

A new trial should be ordered in this case. As found by Cory J., the trial judge’s persistent interference, along with the errors committed during the charge to the jury, do not permit the conclusion that the appellant received a fair trial.

Per Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The important aim of s. 121(1)(c), which is to ensure the integrity of government employees, should be taken into consideration in the interpretation and application of the section. The requisite acts necessary to constitute the offence are the giving of a “commission, reward, advantage or benefit of any kind” by a person having “dealings with the government”, the receipt of the “commission, reward, advantage or benefit of any kind” by a government employee, and the absence of the consent of the government employee’s superior to the receipt of the benefit. The commission, reward, advantage or benefit of any kind must consist of something of value which constituted a profit to the employee and was derived at least in part from the employee’s relation to or position with the government. The mental element of blameworthiness for s. 121(1)(c) should be assessed subjectively and requires proof not only that the accused was aware or knew of the requisite elements of the offence but also that he knew that he received the benefit at least in part because of his position with the government; or that he was wilfully blind to circumstances which would lead to that conclusion; or was reckless as to the consequences of accepting the benefit without the consent and permission of his superior, that is to say he was aware of the risk of his actions breaching the provision but nonetheless took the risk of proceeding in that manner.

de cause est «une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» et b) le fait de savoir (ou d’ignorer volontairement), au moment de l’acceptation, que le donneur avait des relations d’affaires avec le gouvernement et que le supérieur de l’employé n’avait pas consenti à l’acceptation d’«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature». Étant donné que ce degré de *mens rea* est reconnu comme une forme valide de culpabilité criminelle, il n’est pas nécessaire d’ajouter d’autres éléments. Les motifs pour lesquels un bénéfice est conféré ne sont pas sans pertinence; il s’agit d’un facteur important pour déterminer le degré de culpabilité. Il est clair que le fonctionnaire qui a une intention de corruption lorsqu’il accepte un bénéfice méritera habituellement une peine plus sévère que la personne qui n’était pas animée d’un tel dessein.

La tenue d’un nouveau procès devrait être ordonnée. Comme l’a indiqué le juge Cory, l’intervention constante du juge du procès ainsi que les erreurs qu’il a commises dans ses directives au jury ne permettent pas de conclure que l’appelant a eu un procès équitable.

Les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: L’importance du but de l’al. 121(1)c), qui est de garantir l’intégrité des fonctionnaires, devrait être prise en considération pour l’interprétation et l’application de cet alinéa. Les actes requis nécessaires quant à la perpétration de l’infraction sont le don d’«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par une personne qui a des «relations d’affaires avec le gouvernement», l’acceptation d’«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par un fonctionnaire et l’absence de consentement du supérieur du fonctionnaire quant à l’acceptation du bénéfice. Cette commission, récompense, avantage ou bénéfice de quelque nature doit consister en quelque chose de valeur qui constitue un profit que l’employé tire, du moins en partie, de sa situation au gouvernement. L’appréciation de l’élément moral du caractère répréhensible relativement à l’al. 121(1)c) doit être subjective et exige la preuve non seulement que l’accusé était conscient ou informé des éléments requis de l’infraction, mais qu’il savait aussi qu’il recevait le bénéfice au moins en partie grâce à sa situation au gouvernement, ou qu’il s’est maintenu dans une ignorance volontaire quant aux circonstances qui menaient à cette conclusion, ou encore qu’il était insouciant des conséquences rattachées à son acceptation du bénéfice sans l’autorisation et la permission de son supérieur, c’est-à-dire qu’il était conscient que ses actes risquaient de violer l’alinéa, mais qu’il a néanmoins pris le risque d’agir comme il l’a fait.

The evidence presented in this case indicates that the *actus reus* of the offence was established and there was strong and cogent evidence upon which a jury properly instructed could find that the accused had the requisite intent or was wilfully blind to the situation or was reckless as to the consequences of his actions. Unfortunately the trial judge did not give the proper instructions as to the requisite intent. He also erred in his directions to the jury on a number of other matters. The issue of credibility was vital to the resolution of the case. The trial judge ought to have given instructions as to the character evidence presented and the use that could be made of it. His failure to do so adversely affected the fairness of the trial. In addition, there was untoward interference with both counsel's conduct of their respective cases by the judge throughout the trial. The errors made by the trial judge and the whole conduct of the trial have a cumulative effect that makes it readily apparent that no other disposition than that of a new trial would achieve a fair result. The curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) are accordingly not applicable.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235; *Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *United States v. Evans*, 572 F.2d 455 (1978); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *RJR-MacDonald v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Lafrenière*, [1994] O.J. No. 437 (QL); *R. v. Hau*, [1994] B.C.J. No. 677 (QL); *R. v. Johnston*, [1995] O.J. No. 3118 (QL); *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., September 23, 1985, unreported; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Fisher* (1994), 88 C.C.C. (3d) 103; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Pezzelato v. The Queen*, 96 D.T.C. 1285; *Vine Estate v. Minister of National Revenue* (1989), 29 F.T.R. 59; *Hoefele v. The Queen*, 94 D.T.C. 1878; *R. v. Dubas*, [1992] B.C.J. No. 2935 (QL), aff'd (1995), 60 B.C.A.C. 202; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Ruddock* (1978), 39 C.C.C. (2d) 65; *R. v. Tanguay* (1975), 24 C.C.C. (2d)

La preuve présentée en l'espèce indique que l'*actus reus* de l'infraction a été établi, et il y avait des éléments de preuve convaincants qui permettaient à un jury ayant reçu les directives appropriées de conclure que l'accusé avait l'intention requise ou qu'il s'était maintenu dans une ignorance volontaire quant à la situation ou qu'il était insouciant quant aux conséquences de ses actes. Malheureusement, le juge du procès n'a pas donné les directives appropriées sur la question de l'intention requise. En outre, sur de nombreuses autres questions, le juge du procès a commis des erreurs dans son exposé au jury. La question de la crédibilité était essentielle quant à l'issue de l'affaire. Le juge du procès aurait dû donner au jury des directives sur l'utilisation de la preuve de moralité qui avait été présentée. Son omission de le faire a nui à l'équité du procès. De plus, le juge, tout au long du procès, est intervenu de façon inopportune dans la présentation de la preuve par les avocats. Les erreurs commises par le juge du procès et tout le déroulement du procès ont pour effet cumulatif de rendre tout à fait évident que la seule façon de parvenir à un résultat équitable est d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. L'application des dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) est par conséquent impossible.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235; *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *United States c. Evans*, 572 F.2d 455 (1978); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Lafrenière*, [1994] O.J. No. 437 (QL); *R. c. Hau*, [1994] B.C.J. No. 677 (QL); *R. c. Johnston*, [1995] O.J. No. 3118 (QL); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Guiller*, C. Dist. Ont., 23 septembre 1985, inédit; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Fisher* (1994), 88 C.C.C. (3d) 103; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Pezzelato c. The Queen*, 96 D.T.C. 1285; *Vine Estate c. Minister of National Revenue* (1989), 29 F.T.R. 59; *Hoefele c. The Queen*, 94 D.T.C. 1878; *R. c. Dubas*, [1992] B.C.J. No. 2935 (QL), conf. par (1995), 60 B.C.A.C. 202; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Ruddock* (1978), 39 C.C.C. (2d) 65; *R. c. Tanguay*

77; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167.

By Cory J.

Referred to: *R. v. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *R. v. Giguère*, [1983] 2 S.C.R. 448; *R. v. Sinasac* (1977), 35 C.C.C. (2d) 81; *R. v. Sault Ste. Marie (City)*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55; *R. v. Rouleau* (1984), 14 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. v. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385; *R. v. Pouliot*, [1993] 1 S.C.R. 456, rev'g (1992), 74 C.C.C. (3d) 428.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Constitution Act, 1867.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 9, 119 to 125, 121(1), 175(1)(a), 264 [ad. 1993, c. 45, s. 2], 686(1)(b)(iii), 736.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 80, 81.

Authors Cited

Canada. Office of the Prime Minister. *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders*. Ottawa: Office of the Prime Minister, 1994.
Canadian Bar Association. Criminal Recodification Task Force. *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada*. Ottawa: The Association, 1992.
Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Gillies, Peter. *Criminal Law*, 3rd ed. Sydney: Law Book Co., 1993.
Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

(1975), 24 C.C.C. (2d) 77; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167.

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *R. c. Giguère*, [1983] 2 R.C.S. 448; *R. c. Sinasac* (1977), 35 C.C.C. (2d) 81; *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55; *R. c. Rouleau* (1984), 14 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. c. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385; *R. c. Pouliot*, [1993] 1 R.C.S. 456, inf. (1992), 74 C.C.C. (3d) 428.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 9, 119 à 125, 121(1), 175(1)a), 264 [aj. 1993, ch. 45, art. 2], 686(1)b)(iii), 736.
Loi constitutionnelle de 1867.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 80, 81.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal. *Principes de responsabilité pénale: Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada*. Ottawa: L'Association, 1992.
Canada. Cabinet du Premier ministre. *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat*. Ottawa: Cabinet du Premier ministre, 1994.
Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Gillies, Peter. *Criminal Law*, 3rd ed. Sydney: Law Book Co., 1993.
Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Pearson, John C. Annotation to *R. v. Greenwood* (1992), 8 C.R. (4th) 236.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 222, 382 A.P.R. 222, dismissing the appellant's appeal from his conviction for breach of s. 121(1)(c) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

David F. Hurley, for the appellant.

Colin J. Flynn, Q.C., for the respondent.

Robert J. Frater, for the intervener.

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

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the advantage of reading the reasons of Justice Cory and I agree with his view that this appeal should be allowed. As he has expressed, the persistent interference of the trial judge, along with the errors committed during the charge to the jury, do not permit the conclusion that the appellant received a fair trial. Where I part company from my colleague, however, is with regard to the proper interpretation of s. 121(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In my view, the conclusion he comes to results in a virtual rewriting of the provision and one contrary to the object and spirit of the law.

² This appeal is brought on the basis that the trial judge, and subsequently the Court of Appeal, improperly defined the *mens rea* for this offence. In his address to the jury, the trial judge stated that a conviction should be entered if, *inter alia*, the Crown had proved that the appellant possessed an "intention to cause the external circumstances of the offence". According to the appellant, this instruction is problematic in that it, in effect, creates a strict liability offence whereby persons

Pearson, John C. Annotation to *R. v. Greenwood* (1992), 8 C.R. (4th) 236.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1994) 123 Nfld. & P.E.I.R. 222, 382 A.P.R. 222, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant contre sa déclaration de culpabilité pour violation de l'al. 121(1)c) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

David F. Hurley, pour l'appelant.

Colin J. Flynn, c.r., pour l'intimée.

Robert J. Frater, pour l'intervenant.

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Cory et, comme lui, j'estime que le présent pourvoi devrait être accueilli. Comme il l'a indiqué, l'intervention constante du juge du procès ainsi que les erreurs qu'il a commises dans ses directives au jury ne permettent pas de conclure que l'appelant a eu un procès équitable. Je me dissocie, toutefois, de mon collègue en ce qui concerne l'interprétation appropriée de l'al. 121(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. À mon avis, la conclusion qu'il tire équivaut, à toutes fins pratiques, à une reformulation de cette disposition, reformulation contraire tant à l'objet qu'à l'esprit de la loi.

Le présent pourvoi a été interjeté au motif que le juge du procès et, par la suite, la Cour d'appel n'ont pas interprété correctement la *mens rea* de l'infraction en cause. Dans ses directives au jury, le juge du procès a dit qu'une déclaration de culpabilité devait être prononcée si, entre autres, le ministère public avait prouvé que l'appelant avait eu [TRADUCTION] «l'intention de causer les circonstances externes de l'accusation». D'après l'appelant, cette directive est problématique en ce qu'elle crée en réalité une infraction de responsabilité stricte en vertu de laquelle des personnes

lacking a "criminal intention" can fall within the literal wording of the section.

I have great difficulty with this particular submission. Quite simply, this offence cannot be one of strict liability as it requires a *bona fide* mental element. At a minimum, the charge given to the jury required they find that the appellant possessed an intention to commit a prohibited act, while having subjective knowledge of the circumstances. As Doherty J.A. recognized when dealing with this very offence in *R. v. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235 (Ont. C.A.), at pp. 255-56:

A conscious choice to perform a prohibited act, combined with knowledge that all or at least some of the relevant circumstances exist, is a well-recognized form of criminal culpability: see *R. v. Sault Ste. Marie (City)*, supra, at p. 1324 (S.C.R.), pp. 373-374 (C.C.C.), (pp. 52-54 C.R.); A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* — 2d. ed. (Toronto: Butterworths, 1985), pp. 116-120; Law Reform Commission of Canada, *Criminal Law — The General Part* (Working Paper 29) (1982), pp. 24-26. Knowledge combined with a volitional act may be seen as a minimum level of culpability. However, for many crimes which do not require proof that any consequence flowed or was intended to flow from the doing of the prohibited act in the relevant circumstances, a volitional act combined with knowledge of the relevant circumstances generally constitutes the only culpability requirement. Indeed, in its recent work, *Recodifying the Criminal Law* (Working Paper No. 31) (1987), at pp. 21-23, the Law Reform Commission of Canada, in its proposed General Part for a new *Criminal Code*, recommends, where the definition of a crime does not require proof of a particular consequence, that the culpability or fault requirement consist of a volitional act done with knowledge of, or recklessness as to, the existence of the circumstances set out in the statutory definition. The Crown's submission is firmly rooted in contemporary notions of criminal culpability.

I agree. Clearly, what the appellant takes issue with is not that s. 121(1)(c) lacks a fault requirement, but that the offence, as it was set out by the trial judge, has the potential to trap conduct which

n'ayant pas une «intention criminelle» peuvent être visées par le libellé littéral de l'alinéa.

J'ai beaucoup de difficulté avec ce singulier moyen. En effet, il ne peut tout simplement pas s'agir d'une infraction de responsabilité stricte, car elle requiert un élément mental *bona fide*. Comme minimum, les directives au jury exigeaient qu'il conclue que l'appellant possédait l'intention de commettre un acte prohibé tout en ayant une connaissance subjective des circonstances. Comme l'a reconnu le juge Doherty de la Cour d'appel lorsqu'il s'est prononcé sur cette même infraction dans l'arrêt *R. c. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235 (C.A. Ont.), aux pp. 255 et 256:

[TRADUCTION] La décision prise sciemment par une personne de commettre un acte interdit, conjuguée au fait de savoir que les faits pertinents ou du moins une partie de ceux-ci existent, est une forme de responsabilité criminelle bien connue: voir *R. c. Sault Ste-Marie (Ville de)*, précité, à la p. 1324 (R.C.S.), aux pp. 373 et 374 (C.C.C.), (pp. 52 à 54 C.R.); A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1985), aux pp. 116 à 120; Commission de réforme du droit du Canada, *Droit pénal: Partie générale*, Document de travail 29 (1982), aux pp. 25 à 27. La connaissance conjuguée à un acte délibéré peut être considérée comme un degré minimum de culpabilité. Toutefois, pour beaucoup d'actes criminels qui ne nécessitent pas la preuve que la perpétration de l'acte interdit a entraîné ou était censée entraîner des conséquences dans des circonstances données, un acte délibéré conjugué à la connaissance des faits pertinents constitue en règle générale la seule exigence en matière de culpabilité. En fait, dans son ouvrage récent intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (Rapport 31) (1987), aux pp. 22 à 25, la Commission de réforme du droit du Canada recommande, dans la partie générale qu'elle propose pour un nouveau *Code criminel*, que, lorsque la définition d'un crime n'exige pas la preuve d'une conséquence donnée, l'exigence quant à la culpabilité ou à la faute consiste en un acte commis sciemment ou avec insouciance quant à l'existence des circonstances prévues dans la définition légale. L'argument du ministère public est solidement ancré dans les notions modernes de responsabilité criminelle.

Je suis d'accord. Il est clair que ce que l'appellant conteste, ce n'est pas que l'al. 121(1)c) ne comporte aucune exigence en matière de faute, mais plutôt que l'infraction, telle que décrite par le

should not be considered criminal, and thus punish offenders undeserving of sanction. This is the thrust of the reasons of my colleague, and it is this issue which I propose to address.

5 The provision of the *Code* at issue here reads as follows:

121. (1) Every one commits an offence who

. . .

(c) being an official or employee of the government, demands, accepts or offers or agrees to accept from a person who has dealings with the government a commission, reward, advantage or benefit of any kind directly or indirectly, by himself or through a member of his family or through any one for his benefit, unless he has the consent in writing of the head of the branch of government that employs him or of which he is an official, the proof of which lies on him.

6 After an examination of the provision, Cory J. concludes (at para. 116) that this offence encompasses the following elements. To constitute the *actus reus*, the conduct must include:

(a) the giving of a “commission, reward, advantage or benefit of any kind” by a person having “dealings with the government”;

(b) the receipt of the “commission, reward, advantage or benefit of any kind” by a government employee;

(c) the absence of the consent of the government employee’s superior to the receipt of the benefit; and

(d) that the “commission, reward, advantage or benefit of any kind must consist of something of value which constituted a profit to the employee derived at least in part from the employee’s relation to or position with the government.”

7 As to the mental element, the accused must have knowledge of the elements set out in (a), (b) and

juge du procès, risque d’inclure des conduites qui ne devraient pas être considérées comme criminelles et ainsi, par conséquent, de punir des contrevenants qui ne méritent aucune sanction. Cette question est au cœur des motifs de mon collègue et c’est celle que je me propose d’examiner.

La disposition du *Code* ici en cause prévoit ce qui suit :

121. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

. . .

c) étant fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d’accepter d’une personne qui a des relations d’affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, par lui-même ou par l’intermédiaire d’un membre de sa famille ou de toute personne à son profit, à moins d’avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement qui l’emploie ou dont il est fonctionnaire, un consentement écrit dont la preuve lui incombe.

Après avoir examiné cette disposition, le juge Cory conclut (au par. 116) que cette infraction comporte les éléments suivants. Pour qu’il y ait *actus reus*, le comportement reproché doit inclure:

a) le don d’«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par une personne qui a des «relations d’affaires avec le gouvernement»;

b) l’acceptation d’«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par un fonctionnaire;

c) l’absence de consentement du supérieur du fonctionnaire à l’acceptation du bénéfice;

d) que cette «commission, récompense, avantage ou bénéfice de quelque nature doit consister en quelque chose de valeur qui constitue un profit que l’employé tire, du moins en partie, de sa situation au gouvernement».

En ce qui concerne l’élément mental, l’accusé doit être au courant des éléments énoncés à a), b)

(c) and also must know that he was receiving the benefit at least in part because of his position in government.

I have no difficulty with the elements (a), (b) and (c) as detailed by Cory J. In my view, however, the effect of component (d) is to add an additional physical and mental element to the provision. I would note that this element is not a feature of Parliament's drafting, but was read into the section by my colleague. He has added these requirements in order to limit what is, in his view, an otherwise overly broad section.

This conclusion is, in my view, quite unnecessary. The section, properly read, captures no more conduct than is strictly necessary to achieve its purpose. Accordingly, I come to a considerably different result with regard to the essential elements of this provision.

Interpretation of s. 121(1)(c)

My colleague, Cory J. begins his analysis of the section with the following proposition (at para. 95):

Before considering the acts which form an integral part of the crime and the element of blameworthiness, it is necessary to consider the possible scope or breadth of application of the section.

Essentially, his approach to this case follows this very guideline. Rather than attempting to interpret the applicable section by analyzing its intent and the objective of Parliament in enacting it, my colleague begins from the position that we must tailor the breadth first. In my view, this is a backward manner of interpretation. I suggest that it is improper that the breadth of a section's potential application should be our guiding principle.

In interpreting any section of the *Criminal Code*, or indeed, of any statute, it is always crucial to begin by considering the section itself and the rationale which is underlying it. This is in accordance with the contextual approach I have dis-

eu et c) et doit aussi savoir qu'il recevait le bénéfice, du moins en partie, à cause de sa fonction au gouvernement.

Les points a), b) et c) tels qu'exposés par le juge Cory ne posent aucun problème. Toutefois, j'estime que le point d) a pour effet d'introduire un élément physique et mental additionnel à cette disposition. Je souligne que cet élément ne figure pas au texte de loi, mais que mon collègue l'a considéré comme étant inclus dans l'alinéa en question. Cet ajout a été fait afin de limiter la portée de ce qui, à son avis, constitue autrement une disposition trop générale.

Cette conclusion, à mon sens, ne s'impose pas nécessairement. Interprété correctement, cet alinéa n'englobe pas plus de comportements qu'il n'est strictement nécessaire pour atteindre son objectif. Par conséquent, j'arrive à un résultat tout à fait différent en ce qui concerne les éléments essentiels de cette disposition.

Interprétation de l'al. 121(1)c)

Mon collègue le juge Cory débute l'analyse par la proposition suivante (au par. 95):

Avant d'examiner les actes qui font partie intégrante de l'infraction et l'élément du caractère répréhensible, il est nécessaire d'apprécier la portée possible de cet alinéa . . .

Essentiellement, son approche suit cette ligne de pensée. Plutôt que de tenter d'interpréter l'alinéa applicable en analysant l'objectif visé par le législateur et son intention lorsqu'il l'a adopté, mon collègue part du principe que nous devons tout d'abord en circonscrire la portée. À mon avis, c'est là une inversion de la méthode d'interprétation. J'estime qu'il n'est pas approprié d'utiliser comme guide d'interprétation d'une disposition sa portée éventuelle.

Pour interpréter une disposition du *Code criminel* ou, en fait, de toute loi, il est essentiel d'étudier en premier lieu la disposition elle-même et les raisons qui la sous-tendent. Cela est conforme à la méthode contextuelle que j'ai discutée récemment

8

9

10

11

12

cussed recently in *Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415, *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550, and 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919. It follows that a proper understanding of the provision must begin with an examination of all relevant and admissible indicators of legislative meaning in an attempt to discern the section's purpose. Therefore, I propose to begin with this analysis.

Purpose of s. 121(1)(c)

13 There is little doubt that s. 121 was enacted for the important goal of preserving the integrity of government. This section of the *Criminal Code* is one of the myriad ways in which the government seeks to achieve this purpose. For example, a glance at the surrounding *Criminal Code* ss. 119 to 125 reveals different methods by which the law attempts to deter conduct by persons dealing with or employed by government. Obviously, the criminal law is not the only method utilized; a variety of other statutes contain provisions which deal with corrupt or fraudulent practices, while there are also conflict of interest and ethical guidelines to regulate behaviour. See for example *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 80 and 81; *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* (1994).

14 It is hardly necessary for me to expand on the importance of having a government which demonstrates integrity. Suffice it to say that our democratic system would have great difficulty functioning efficiently if its integrity was constantly in question. While this has not traditionally been a major problem in Canada, we are not immune to seeing officials fall from grace as the result of a violation of the important trust we place in their integrity. See, for example, *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860. I would merely add that the importance of preserving integrity in the government has arguably increased given the need to maintain the public's confidence in government in an age where

dans les arrêts *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415, *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550, et 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919. Il en résulte que, pour bien comprendre une disposition, il faut tout d'abord examiner tous les indices pertinents et admissibles pour déceler l'intention du législateur afin de tenter de découvrir l'objet de la disposition. C'est ce que j'ai l'intention de faire dès maintenant.

L'objet de l'al. 121(1)c)

Il fait peu de doute que l'art. 121 a été adopté dans le but important de préserver l'intégrité du gouvernement. Cet article du *Code criminel* fait partie d'une myriade de moyens grâce auxquels le gouvernement tente d'atteindre cet objectif. Par exemple, un bref survol des art. 119 à 125 du *Code criminel* révèle diverses méthodes qu'utilise le législateur pour tenter d'empêcher certains comportements de la part des personnes qui traitent avec le gouvernement ou en sont des employés. Le droit criminel n'est pas, il est clair, la seule méthode utilisée; toute une gamme d'autres lois contiennent des dispositions qui traitent de corruption et de fraude, et il existe aussi des codes d'éthique et des codes régissant les conflits d'intérêts. Voir, par exemple, la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 80 et 81; *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* (1994).

Il n'est guère nécessaire d'insister sur la nécessité d'avoir un gouvernement qui fasse preuve d'intégrité. Il suffit de dire qu'il serait très difficile pour notre régime démocratique de fonctionner efficacement si son intégrité était constamment remise en question. Bien que cela n'ait jamais été un problème majeur au Canada, nous ne sommes pas à l'abri des cas où des dirigeants tombent en disgrâce pour avoir trahi la très grande confiance que nous plaçons dans leur intégrité. Voir, par exemple, *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860. J'aimerais seulement ajouter qu'on pourrait prétendre que l'importance de préserver l'intégrité du gouvernement s'est accrue en raison de la nécessité de

it continues to play an ever increasing role in the quality of everyday people's lives. As the U.S. Congress has stated about its own anti-corruption measures:

The necessity for maintaining high ethical standards of behaviour in the Government becomes greater as its activities become more complex and bring it into closer and closer contact with the private sector of the Nation's economy.

As quoted in *United States v. Evans*, 572 F.2d 455 (5th Cir. 1978), at p. 480.

It is quite accepted that criminal law has a role to play in this area. Protecting the integrity of government is crucial to the proper functioning of a democratic system. Criminal law has a historic and well-established role in helping to preserve that integrity.

Section 121(1)(c) has a special role to play in this regard. This Court has decided on several occasions that the crucial purpose encompassed by this section is not merely to preserve the integrity of government, but to preserve the appearance of the integrity as well. In *Greenwood*, *supra*, at pp. 250-51, Doherty J.A. made several remarks in this respect regarding the purpose of s. 121(1)(c):

Canadian courts have repeatedly recognized that s. 121(1)(c) exists to preserve both the integrity of the public service and the appearance of integrity of the public service. The government's business must be free from any suggestion of "under-the-table" rewards or benefits made to those who conduct business on behalf of the government by those who stand to gain from those dealings: see, e.g., *R. v. Cooper*, *supra*, at p. 875 (S.C.R.), p. 29 (C.C.C.); *Giguère*, *supra*, at p. 462 (S.C.R.), p. 12 (C.C.C.) (pp. 12-13 C.R.); *R. v. Cooper (No. 2)* (1977), 4 C.R. (3d) S-10, 35 C.C.C. (2d) 35 (Ont. C.A.), at p. 36 (C.C.C.) (p. S-11 C.R.); *R. v. Sinasac* (1977), 35 C.C.C. (2d) 81 (Ont. C.A.), at p. 84.

That integrity is compromised not only by bribery and corruption in their crassest forms, but by other insidious arrangements whereby a government

maintenir la confiance du public envers le gouvernement à une époque où ce dernier continue de jouer un rôle de plus en plus important dans la qualité de vie quotidienne de ses citoyens. Comme l'a dit le Congrès américain au sujet des mesures qu'il a prises pour lutter contre la corruption:

[TRADUCTION] La nécessité de maintenir un niveau de probité élevé au sein du gouvernement devient encore plus importante à mesure que ses activités se complexifient et entraînent des contacts de plus en plus étroits avec le secteur privé de l'économie de la nation.

Cité dans *United States c. Evans*, 572 F.2d 455 (5th Cir. 1978), à la p. 480.

Il est généralement admis que le droit criminel a un rôle à jouer dans ce domaine. La protection de l'intégrité du gouvernement est, en effet, essentielle au bon fonctionnement d'un régime démocratique. Le droit criminel a joué, tout au long de l'histoire, un rôle bien défini pour aider à préserver cette intégrité.

L'alinéa 121(1)c) a un rôle spécial à jouer à cet égard. Notre Cour a statué, à maintes occasions, que l'objectif crucial de cet alinéa n'est pas simplement de préserver l'intégrité du gouvernement mais aussi de préserver l'apparence d'intégrité. Dans l'arrêt *Greenwood*, précité, aux pp. 250 et 251, le juge Doherty a fait diverses remarques au sujet de l'objet de l'al. 121(1)(c):

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens ont reconnu à maintes reprises que l'al. 121(1)c) a pour objet de protéger à la fois l'intégrité et l'apparence d'intégrité de la fonction publique. Rien dans les affaires gouvernementales ne doit donner à penser que des récompenses ou des avantages sont conférés «sous la table» aux personnes qui agissent au nom du gouvernement par des personnes qui ont tout à gagner de ces relations d'affaires: voir, par exemple, *R. c. Cooper*, précité, à la p. 875 (R.C.S.), à la p. 29 (C.C.C.); *Giguère*, précité, à la p. 462 (R.C.S.), à la p. 12 (C.C.C.) (aux pp. 12 et 13 C.R.); *R. c. Cooper (No. 2)* (1977), 4 C.R. (3d) S-10, 35 C.C.C. (2d) 35 (C.A. Ont.), à la p. 36 (C.C.C.) (à la p. S-12 C.R.); *R. c. Sinasac* (1977), 35 C.C.C. (2d) 81 (C.A. Ont.), à la p. 84.

Cette intégrité est compromise non seulement par la corruption sous ses formes les plus grossières, mais aussi par d'autres arrangements insidieux en vertu

15

16

employee profits from his or her position or employment by way of a private benefit or advantage received from a person having dealings with the government. Such advantages or benefits can create the appearance of impropriety and suggest that the loyalty of the employee has been divided between his or her government employer and the private benefactor. I adopt the comments of Judge Lyon of the Ontario District Court, who on imposing sentence on one Gerald McKendry (the government employee who received the benefits referred to in *R. v. Cooper*, supra) said, in a passage quoted with approval in *R. v. Ruddock* (1978), 25 N.S.R. (2d) 77, 36 A.P.R. 77, 39 C.C.C. (2d) 65 (C.A.), at p. 71 (C.C.C.):

“It is obvious in my view that altogether apart from s. 110(1)(c) (now s. 121(1)(c)) that the appearance of objective, uncorrupted impartiality must be of the highest importance. This indeed is an ethic which has been given the full support of the criminal law in the section that I have made reference to, and the reason for that, I think, is obvious because the appearance of justice is equally important as justice itself. And the appearance of honesty and integrity in dealings by Government employees particularly where large sums of public money is (*sic*) involved must be at all costs preserved lest the failure to do so could result in *de facto* corruption, one perhaps sliding imperceptibly into the other. It is clearly for this reason that s. 110(c) has been enacted.”

The need to preserve the appearance of integrity within the public service requires that the words “advantage or benefit” include all gifts which can potentially compromise that appearance of integrity.

17

I substantially agree with this statement. In particular, I believe Lyon J.A. was correct when he indicated that preserving the appearance of integrity, and the fact that the government is fairly dispensing justice, are, in this context, as important as the fact that the government possesses actual integrity and dispenses actual justice. The two concepts are, however, analytically distinct. For a government, actual integrity is achieved when its employees remain free of any type of corruption. On the other hand, it is not necessary for a corrupt practice to take place in order for the appearance of integrity to be harmed. Protecting these appearances is more than a trivial concern. This section recognizes that the democratic process can be

desquels un fonctionnaire obtient personnellement, grâce au poste qu’il occupe, des avantages ou des bénéfices d’une personne qui a des relations d’affaires avec le gouvernement. Ces avantages ou bénéfices peuvent donner l’impression qu’une irrégularité a été commise et indiquer que l’employé partage sa loyauté entre le gouvernement, qui est son employeur, et le donneur. Je reprends les commentaires du juge Lyon de la Cour de district de l’Ontario qui, en prononçant la peine d’un nommé Gerald McKendry (le fonctionnaire qui a reçu les bénéfices dont il est question dans *R. c. Cooper*, précité) a dit, dans un passage cité et approuvé dans *R. c. Ruddock* (1978), 25 N.S.R. (2d) 77, 36 A.P.R. 77, 39 C.C.C. (2d) 65 (C.A.), à la p. 71 (C.C.C.):

«Il est évident, à mon avis, que, tout à fait indépendamment de l’al. 110(1)c) (maintenant l’al. 121(1)c)), l’apparence d’une impartialité objective, non viciée est de la plus grande importance. Il s’agit en effet d’un précepte moral reconnu par le droit criminel dans la disposition à laquelle j’ai fait référence, et la raison en est, je pense, évidente parce que l’apparence de justice est tout aussi importante que la justice elle-même. En outre, l’apparence de probité et d’intégrité de la part des fonctionnaires, en particulier lorsque des fonds publics considérables sont en jeu, doit être préservée à tout prix de crainte que l’omission de le faire n’entraîne une corruption de fait, l’une entraînant imperceptiblement l’autre. C’est manifestement pour ce motif que l’al. 110c) a été adopté.»

La nécessité de préserver l’apparence d’intégrité au sein de la fonction publique exige que les mots «avantage ou bénéfice» visent tous les cadeaux qui peuvent éventuellement compromettre cette apparence d’intégrité.

Je suis d’accord pour l’essentiel avec cet énoncé. En particulier, je crois que le juge Lyon avait raison lorsqu’il a indiqué que de préserver l’apparence d’intégrité et l’apparence que le gouvernement rend équitablement la justice est, dans ce contexte, aussi important que le fait que le gouvernement soit véritablement intègre et rende une véritable justice. Ces deux concepts sont cependant distincts au plan analytique. Pour un gouvernement, il y a intégrité véritable lorsque ses employés ne donnent prise à aucune forme de corruption. Par contre, il n’est pas nécessaire qu’il y ait corruption pour qu’il soit porté atteinte à l’apparence d’intégrité. La protection de ces apparences n’est pas une préoccupation triviale. Cet

harmed just as easily by the appearance of impropriety as with actual impropriety itself.

In my view, given the heavy trust and responsibility taken on by the holding of a public office or employ, it is appropriate that government officials are correspondingly held to codes of conduct which, for an ordinary person, would be quite severe. For the public, who is the ultimate beneficiary of honest government, it is not so easy to sort out which benefits are legitimate and which are laden with a sinister motivation. Moreover, it is inefficient for a government to be paralyzed by rumour and innuendo while an inquiry is made into the motivation behind a certain benefit or advantage conferred on an official. What Parliament is saying through this provision is that the damage sought to be prevented is actually done once the benefit is conferred, and not after an *ex post facto* analysis which demonstrates that no harm was intended. It is from the point of the conferral of the benefit forward that the appearance of integrity has been slighted.

It follows, therefore, that I do not share the view of Cory J., at para. 94, where he sets out the purpose of the section as follows:

If government contracts can be bought by benefits paid to government employees the entire civil service becomes suspect and is dishonoured. The fundamental importance of the subsection must be apparent to all. Its aim is to ensure the integrity of government employees. This vitally important aim and purpose should be taken into consideration in the interpretation and application of the section. [Emphasis added.]

Upon finding this purpose, my colleague goes on to find that there must be actual misconduct for there to be damage done to the government's integrity. I do not share this view. Rather, Parliament has explicitly stated that such damage can also occur where benefits are received by government employees even where no ill motive existed. It is for this reason that the net in s. 121(1)(c) was cast so wide.

alinéa reconnaît que la simple apparence d'absence d'intégrité peut être tout aussi dommageable pour le processus démocratique qu'une absence d'intégrité véritable.

À mon avis, compte tenu de la confiance et des lourdes responsabilités qui se rattachent aux charges publiques, il est normal que les fonctionnaires du gouvernement soient en conséquence tenus de se conformer à des codes d'éthique qui, pour un simple citoyen, apparaîtraient très sévères. Pour le public, qui est le bénéficiaire ultime de la probité d'un gouvernement, il n'est pas si facile de faire la part entre les avantages qui sont légitimes et ceux dont la motivation est malhonnête. De plus, il est tout à fait stérile qu'un gouvernement soit paralysé par des rumeurs et des insinuations pendant qu'une enquête se déroule au sujet des motifs à l'origine d'un avantage ou d'un bénéfice conféré à un fonctionnaire. Le législateur indique par cette disposition que le préjudice qu'il cherche à prévenir est en fait causé une fois que l'avantage est conféré et non après une analyse *ex post facto* qui démontre que ce préjudice n'était pas voulu. C'est à partir du moment où le bénéfice a été conféré que l'on a porté atteinte à l'apparence d'intégrité.

Il en résulte donc que je ne partage pas le point de vue du juge Cory, au par. 94, lorsqu'il dit que l'objet de l'alinéa est le suivant:

S'il est possible d'obtenir des marchés des gouvernements en accordant des bénéfices à leurs employés, toute la fonction publique devient suspecte et est déshonorée. L'importance fondamentale de cet alinéa doit apparaître à tous. Il a pour but de garantir l'intégrité des fonctionnaires. L'interprétation et l'application de l'alinéa doivent prendre en considération l'importance vitale de ce but. [Je souligne.]

Après avoir ainsi défini l'objet de l'alinéa, mon collègue conclut qu'il doit y avoir une inconduite réelle pour qu'un préjudice soit causé à l'intégrité du gouvernement. Je ne partage pas ce point de vue. Le législateur a plutôt expressément indiqué qu'un tel préjudice peut également être causé lorsque des fonctionnaires reçoivent des avantages, même en l'absence d'un motif illicite. C'est pour cette raison que la portée de l'al. 121(1)(c) est si large.

18

19

20

I find support for this conclusion through a comparison of the surrounding provisions in s. 121. If preventing the actual corruption of government employees were the purpose of s. 121(1)(c), there would be little need for s. 121(1)(a), as the two provisions would be virtually identical. This section reads as follows:

121. (1) Every one commits an offence who

(a) directly or indirectly

(i) gives, offers or agrees to give or offer to an official or to any member of his family, or to any one for the benefit of an official, or

(ii) being an official, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person for himself or another person,

a loan, reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(iii) the transaction of business with or any matter of business relating to the government, or

(iv) a claim against Her Majesty or any benefit that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow,

whether or not, in fact, the official is able to cooperate, render assistance, exercise influence or do or omit to do what is proposed, as the case may be;

21

This section clearly tries to preserve the actual integrity of government employees by deterring them from taking benefits in return for giving or promising some sort of reward to the benefactor. It is noteworthy that no actual return need be made to be trapped under the section. It is sufficient for culpability if the gift was given for an ulterior purpose, in that it was designed to compromise the integrity of the employee. The purpose behind the section recognizes that the integrity of government employees can be compromised when they accept rewards because of their position in government. This is in stark contrast, however, to s. 121(1)(c) which does not explicitly require the reward to come as a result of the employee's position. It does

J'estime que la comparaison des autres dispositions de l'art. 121 vient appuyer cette conclusion. Si l'objet de l'al. 121(1)(c) était d'empêcher la corruption effective des fonctionnaires, l'al. 121(1)(a) ne serait pas vraiment nécessaire, car ces deux dispositions seraient presque identiques. Cet alinéa prévoit ce qui suit:

121. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) directement ou indirectement:

(i) soit donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à un fonctionnaire ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit d'un fonctionnaire,

(ii) soit, étant fonctionnaire, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter de quelqu'un, pour lui-même ou pour une autre personne,

un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature que ce soit en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou omission concernant:

(iii) soit la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement,

(iv) soit une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l'autorité ou le droit d'accorder,

que, de fait, le fonctionnaire soit en mesure ou non de collaborer, d'aider, d'exercer une influence ou de faire ou omettre ce qui est projeté, selon le cas.

Cet alinéa vise manifestement à préserver l'intégrité véritable des fonctionnaires en les dissuadant d'accepter des avantages après avoir accordé ou promis en échange une récompense quelconque au donneur. Il est à noter que même là il n'est pas nécessaire pour que cet alinéa s'applique, qu'il y ait profit réel. Il suffit que le cadeau ait été donné pour un motif inavoué, c'est-à-dire qu'il était destiné à compromettre l'intégrité de l'employé. On reconnaît ainsi que l'intégrité des fonctionnaires peut être compromise lorsqu'ils acceptent des récompenses en raison du poste qu'ils occupent au gouvernement. Cette situation contraste toutefois avec celle qui se retrouve à l'al. 121(1)(c), qui n'exige pas explicitement que la récompense soit

not have to. This is not the evil the section is designed to prevent.

Furthermore, the very nature of the offence that Parliament has enacted supports this notion. In *Greenwood, supra*, at p. 247, Doherty J.A. characterized this offence as a “conduct” crime, meaning that it does not require a particular result to flow from the commission of the prohibited act. I agree with this assessment, and, furthermore, find it quite useful in illustrating the difference between my position and that of Cory J. In his text *Criminal Law* (3rd ed. 1993), at pp. 30-31, Professor Gillies draws a distinction between “conduct” crimes and “result” crimes:

The so-called “conduct” crime is one in which the behaviour which is personal to D is itself the mischief the crime is aimed at discouraging, viz., the actus reus does not extend to proof of substantive harm caused by this personal activity. The “result” crime is one the actus reus of which consists of conduct personal to D, and the causation of substantive harm by this conduct.

The conduct crime is aimed at deterring behaviour which has the potential to inflict substantive harm. The result crime penalises the actual infliction of this harm, and in so doing deters its infliction.

The actual wording of s. 121(1)(c) clearly requires no consequence, as it is designed to deter behaviour which has the potential to inflict serious harm. In my view, the interpretation suggested by Cory J. has transformed this offence into a “result” crime. According to his view, before a conviction can be entered, the Crown must prove that the benefit was the result of some corrupt purpose. I cannot agree with this conclusion. In my view, it is clear that no “result” is required by the provision.

In summary, the purpose of s. 121(1)(c) is to protect and preserve the appearance of the govern-

tributaire du poste de l'employé. Cela n'est pas nécessaire puisque ce n'est pas là le mal que cet alinéa vise à prévenir.

En outre, la nature même de l'infraction que le législateur a créée appuie cette notion. Dans l'arrêt *Greenwood*, précité, à la p. 247, le juge Doherty a dit que cette infraction était un crime [TRADUCTION] «lié au comportement» signifiant ainsi qu'il n'est pas nécessaire qu'un résultat donné découle de la perpétration de l'acte interdit. Je suis d'accord avec cette appréciation et, de plus, j'estime qu'elle est très utile pour illustrer la différence entre ma position et celle du juge Cory. Dans son ouvrage intitulé *Criminal Law* (3^e éd. 1993), aux pp. 30 et 31, le professeur Gillies fait une distinction entre les crimes «liés au comportement» et les crimes [TRADUCTION] «liés au résultat»:

[TRADUCTION] Le crime «lié au comportement» est un crime dans lequel c'est le comportement de D qui constitue en soi l'acte nuisible que l'on vise à décourager, c.-à-d. que l'actus reus ne suppose pas la preuve du préjudice considérable causé par cette activité individuelle. Le crime «lié au résultat» est celui dont l'actus reus est le comportement même de D et la relation causale entre ce comportement et le préjudice considérable qui en découle.

Le crime lié au comportement vise à dissuader tout comportement susceptible de causer un préjudice considérable. Le crime lié au résultat pénalise l'infliction de ce préjudice et, ce faisant, le décourage.

Le libellé de l'al. 121(1)(c) ne requiert manifestement aucune conséquence, car il a été conçu pour prévenir les comportements susceptibles de causer un préjudice grave. À mon avis, l'interprétation proposée par le juge Cory transforme cette infraction en crime «lié au résultat». Suivant son interprétation, pour qu'une déclaration de culpabilité puisse être prononcée, le ministère public doit prouver que le bénéfice a été obtenu par suite d'une intention corrompue. Je ne puis souscrire à cette conclusion. À mon avis, il est clair que cette disposition n'exige pas qu'il y ait un «résultat».

En résumé, l'objet de l'al. 121(1)(c) est de protéger et de préserver l'apparence d'intégrité du gou-

ment's integrity. The section accomplishes this task by criminalizing behaviour whereby a government official or employee, under certain circumstances, accepts a benefit by a person who has dealings with the government.

24 My colleague, however, appears to have rejected this as a valid criminal law purpose. In his reasons, he expresses concern about situations where benefits might be accepted absent a corrupt intention. It would seem that at the heart of this analysis is the assumption that Parliament did not intend to criminalize this action, as "no reasonable member of the community would regard [it] as blameworthy" (para. 97). In "tailoring" the provision to avoid capturing violators who lack a corrupt intention, Cory J. is essentially finding that the criminal law should not be involved in these types of situations.

25 It is necessary, therefore, to do an examination into the proper limitations of the criminal law. Before coming to the conclusion that certain conduct should or should not be considered "criminal", I believe that we must examine whether Parliament has the authority to attach sanctions to such conduct. For the purposes of this appeal, it is not necessary for me to exhaustively define the exact limits of the criminal law; however, a look at some of the underlying principles in this area would be helpful in resolving the difficult issues raised here.

26 The question of the proper scope of the criminal law has been oft considered by both academics and jurists. *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at pp. 16-17, have set out the issue in the following way:

How does one determine what acts ought to be subject to criminal sanctions? Some acts, such as a breach of contract or negligent behaviour, may cause untold damage and yet not be criminally punishable while others, such as the theft of a piece of garbage or a minor assault, may cause little or no damage and yet be subject to criminal sanctions. In fact, the harm caused, while one element to be considered, is only one element.

vement. Il permet de le faire en criminalisant le comportement du fonctionnaire ou employé du gouvernement qui, dans certaines circonstances, accepte un bénéfice d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement.

Mon collègue semble, toutefois, avoir rejeté cette interprétation comme n'étant pas un objectif valide en droit criminel. Dans ses motifs, il exprime ses inquiétudes au sujet de situations où des bénéfices pourraient être acceptés sans qu'il y ait intention corrompue. Cette analyse me semble essentiellement basée sur la présomption que le législateur n'avait pas l'intention de criminaliser cet acte qu'«aucun membre raisonnable de la collectivité ne considérerait répréhensible» (par. 97). En «adaptant» cet alinéa pour éviter qu'il ne vise les contrevenants qui n'ont aucune intention corrompue, le juge Cory conclut au fond que le droit criminel ne devrait pas s'appliquer à ce type de situation.

Il est donc nécessaire d'examiner quelles sont les limites appropriées du droit criminel. Avant de conclure qu'un certain comportement devrait ou ne devrait pas être considéré comme «criminel», je crois que nous devons nous demander si le législateur est habilité à sanctionner un tel comportement. Aux fins du présent pourvoi, il n'y a pas lieu de définir de façon exhaustive les limites précises du droit criminel; toutefois, un bref tour d'horizon sur certains des principes sous-jacents applicables dans ce domaine serait utile pour trancher les questions difficiles soulevées en l'espèce.

La question de la portée qu'il convient de donner au droit criminel a été étudiée à maintes reprises tant par des théoriciens du droit que par des juristes. *Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), aux pp. 16 et 17, ont abordé cette question ainsi:

[TRADUCTION] Comment détermine-t-on ce qui devrait faire l'objet de sanctions pénales? Certains actes, tels l'inexécution de contrat ou la négligence, peuvent causer un préjudice incalculable et néanmoins ne pas être punissables en vertu du droit criminel, tandis que d'autres actes, tels le vol de biens sans valeur ou une agression sans gravité, peuvent causer peu ou point de dommages et pourtant faire l'objet de sanctions pénales.

Indeed, in some crimes such as conspiracy or attempt, no harm at all may actually materialize. . . .

Criminal law is premised on the belief that there are some acts that ought to be prevented and on the belief that a criminal process is the best way to achieve this . . .

. . . the essence of criminal law is its public nature. A crime is, in fact, not a wrong against the actual person harmed, if there is one — the victim as he may be called (although it may also and coincidentally be a civil wrong against him) — but a wrong against the community as a whole. The prevention — or lessening, since total prevention is not possible — of crime cannot be left to an individual's choice but is the responsibility of any member of the community and, in particular, those who represent the state — the police or the prosecuting authorities.

Given this public nature, it is fitting that Parliament has consistently played the major role in defining exactly what type of conduct can be considered criminal in nature. This power is outlined in the *Constitution Act, 1867*, where the federal government is given the exclusive power to set out and regulate the criminal law. It is not just the provinces who are prevented from establishing criminal offences; the judiciary is also prevented from re-enacting or creating sanctions pursuant to the common law as a result of s. 9 of the *Criminal Code*.

Since 1982, however, the major limitation upon parliamentary supremacy with respect to the criminal law has been the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. All legislative provisions of Parliament are now subject to review under the *Charter*, and where a statute conflicts with the fundamental values expressed therein, the provision cannot stand if it was not enacted for a pressing objective and tailored to suit this need. In fact, as was exemplified in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, where this Court struck down the criminal prohibition against publishing false news, it will occasionally come to pass that an entire section of the *Code* will be invalidated because it simply cannot be rationalized with the *Charter*. Nevertheless, where, as is the case here, the values of the *Charter* do not

En fait, le préjudice causé n'est que l'un des éléments à prendre en considération. Pour certains crimes, tels le complot ou la tentative, il se peut qu'aucun préjudice ne se matérialise . . .

Le droit criminel a pour prémisses qu'il faut empêcher certains actes et qu'un processus pénal est la meilleure façon d'y parvenir . . .

. . . l'essence du droit criminel est son caractère public. En réalité, un crime n'est pas un tort causé à la personne touchée, s'il y en a une — la victime (bien qu'il puisse également et par coïncidence s'agir d'un tort civil contre elle) —, mais un tort causé à l'ensemble de la collectivité. La prévention du crime — ou sa diminution étant donné l'impossibilité de parvenir à la prévention totale — ne peut être laissée au choix d'un individu mais est la responsabilité de chacun des membres de la collectivité et, en particulier, de ceux qui représentent l'État — la police ou le ministère public.

Compte tenu du caractère public du droit criminel, il est normal que le législateur ait toujours joué le rôle principal pour définir exactement le type de comportement qui peut être considéré comme criminel. Ce pouvoir est prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au gouvernement fédéral le pouvoir exclusif de légiférer en matière de droit criminel. Les provinces ne sont pas les seules à ne pas pouvoir créer d'infractions criminelles; en effet, conformément à l'art. 9 du *Code criminel*, les tribunaux ne peuvent pas remettre en vigueur ou créer des sanctions en common law.

Depuis 1982, toutefois, la principale restriction apportée à la souveraineté du Parlement en matière de droit criminel est la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutes les dispositions législatives adoptées par le Parlement sont désormais susceptibles d'un examen fondé sur la *Charte* et, lorsqu'une disposition législative est incompatible avec les valeurs fondamentales qui y sont exprimées, elle ne peut être maintenue si elle n'a pas été adoptée avec un objectif pressant et adaptée à ce besoin. En fait, comme l'a illustré l'arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, dans lequel notre Cour a annulé l'interdiction pénale frappant la publication de fausses nouvelles, il arrivera parfois qu'un article complet du *Code* sera invalidé parce qu'il ne peut tout simplement pas être concilié avec la

27

28

come into play, Parliament generally must be left to its role of asserting the public good through the criminal law.

²⁹ Cory J. recently addressed the proper scope of the criminal law in *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 348, and stated:

A very helpful definition of criminal law can be found in the *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Margarine Reference)*, [1949] S.C.R. 1. In that case Rand J. stated at p. 49:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

Dickson J., as he then was, in dissenting reasons in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, defined the subject in this way at p. 1026:

Head 27 of s. 91 of the *British North America Act* empowers Parliament to make substantive laws prohibiting, with penal consequences, acts or omissions considered to be harmful to the State, or to persons or property within the State.

³⁰ I agree with this description. Parliament, therefore, retains the power to designate the specific acts which it considers harmful to the State. The criminal law is not “frozen as of some particular time”: *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, at p. 951. This principle was expressed in greater detail in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, where the appellants argued that legislation controlling the advertisement of tobacco products, the *Tobacco Products Control Act*, was not validly enacted by the federal government as it did not have “an affinity with a traditional criminal law concern” (p. 259). La Forest J., for a majority of the Court on this

Charte. Néanmoins, lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, les valeurs exprimées dans la *Charte* n’entrent pas en ligne de compte, il faut, en règle générale, laisser au législateur le soin d’assumer son rôle qui consiste à assurer le bien public par l’entremise du droit criminel.

Le juge Cory a récemment examiné la portée qu’il convient de donner au droit criminel dans l’arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, où il a dit à la p. 348:

Dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Renvoi sur la margarine)*, [1949] R.C.S. 1, on trouve une définition très utile du droit criminel. Dans cet arrêt, le juge Rand affirme, à la p. 49:

[TRADUCTION] Le crime est l’acte que la loi interdit et auquel elle attache une peine; les interdictions portant sur quelque chose, l’on peut toujours trouver à leur base une situation contre laquelle le législateur veut, dans l’intérêt public, lutter. La situation que le législateur a voulu faire cesser ou les intérêts qu’il a voulu sauvegarder peuvent être autant du domaine social que du domaine économique ou politique; et la législature avait à l’esprit de supprimer le mal ou de sauvegarder les intérêts menacés.

Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, dissident dans l’arrêt *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, définit la question de cette manière, à la p. 1026:

Le paragraphe 27 de l’art. 91 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* habilite le Parlement à édicter des lois qui interdisent, sous peine de sanctions pénales, des actes ou omissions jugés préjudiciables à l’État, à des personnes ou à des biens y situés.

Je suis d’accord avec cette description. Le Parlement conserve donc le pouvoir de désigner les actes spécifiques qu’il considère préjudiciables à l’État. Le droit criminel n’est pas «gel[é] à une époque déterminée»: *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, à la p. 951. Ce principe a été explicité dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, où les appelantes ont soutenu que la loi réglementant la publicité des produits du tabac, la *Loi réglementant les produits du tabac*, n’avait pas été valablement adoptée par le gouvernement fédéral car elle n’avait aucune «affinité avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel» (p. 259). Le juge

issue, dismissed this ground of appeal for the following reasons (at pp. 259-61):

It has long been recognized that Parliament's power to legislate with respect to the criminal law must, of necessity, include the power to create new crimes. This was made clear as early as 1931, when the Privy Council upheld the validity of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26, in *PATA*, *supra*. That legislation criminalized a wide array of commercial activities not hitherto perceived to have an affinity with criminal law concerns. However, Lord Atkin explained that this fact alone was not sufficient to preclude the application of the criminal law power. He stated, at pp. 323-24:

In their Lordships' opinion s. 498 of the Criminal Code and the greater part of the provisions of the *Combines Investigation Act* fall within the power of the Dominion Parliament to legislate as to matters falling within the class of subjects, "the criminal law including the procedure in criminal matters" (s. 91, head 27). The substance of the Act is by s. 2 to define, and by s. 32 to make criminal, combines which the legislature in the public interest intends to prohibit. The definition is wide, and may cover activities which have not hitherto been considered to be criminal. But only those combines are affected "which have operated or are likely to operate to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers, or others"; and if Parliament genuinely determines that commercial activities which can be so described are to be suppressed in the public interest, their Lordships see no reason why Parliament should not make them crimes. "Criminal law" means "the criminal law in its widest sense": *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Ry. Co.*, [1903] A.C. 524. It certainly is not confined to what was criminal by the law of England or of any Province in 1867. The power must extend to legislation to make new crimes. . . . It appears to their Lordships to be of little value to seek to confine crimes to a category of acts which by their very nature belong to the domain of "criminal jurisprudence"; for the domain of criminal jurisprudence can only be ascertained by examining what acts at any particular period are declared by the State to be crimes. . . . (Emphasis added.)

La Forest, s'exprimant sur cette question au nom de la majorité de la Cour, a rejeté ce moyen d'appel pour les motifs suivants (aux pp. 259 à 261):

On a depuis longtemps reconnu que la compétence fédérale de légiférer en matière de droit criminel comprend nécessairement celle de définir de nouveaux crimes. Cela a été établi clairement dès 1931 lorsque le Conseil privé a confirmé la validité de la *Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, ch. 26, dans l'arrêt *PATA*, précité. Cette loi rendait criminelles une vaste gamme d'activités commerciales que l'on ne considérait pas jusque-là comme ayant une affinité avec les préoccupations en matière de droit criminel. Cependant, lord Atkin a expliqué que ce seul fait ne suffit pas à empêcher l'application de la compétence en matière de droit criminel. Il a affirmé, aux pp. 323 et 324:

(TRADUCTION) De l'avis de leurs Seigneuries, l'art. 498 du Code criminel et la plus grande partie des dispositions de la *Loi des enquêtes sur les coalitions* entrent dans le pouvoir qu'a le Parlement du Dominion de faire des lois en ce qui concerne les matières entrant dans la catégorie de sujets «le droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle» (art. 91, par. 27). En substance, le but de la *Loi* est, dans son art. 2, de définir et, dans son art. 32, de rendre criminelles les coalitions que le législateur entend prohiber dans l'intérêt public. Cette définition est large et peut couvrir des activités que l'on ne considérait pas jusque-là comme criminelles. Mais seules sont touchées les coalitions «qui ont opéré ou sont de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public, soit des consommateurs, des producteurs ou autres»; et si le Parlement décide à bon droit que lesdites activités commerciales doivent être réprimées dans l'intérêt public, leurs Seigneuries ne voient pas pourquoi le Parlement ne pourrait pas en faire des crimes. Le «droit criminel» signifie «le droit criminel dans son sens le plus large» (*Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Ry. Co.*, [1903] A.C. 524). Il ne se confine certainement pas à ce que le droit anglais ou celui d'une province quelconque considéraient comme des actes criminels en 1867. Ce pouvoir doit permettre de légiférer pour définir de nouveaux crimes. [. . .] Il apparaît assez vain à leurs Seigneuries de chercher à confiner les crimes à une catégorie d'actes qui, de par leur nature véritable, appartiennent au domaine du «droit criminel», car on ne peut fixer le domaine du droit criminel qu'en examinant quels actes l'État qualifie de crimes à chaque période en cause . . . (Je souligne.)

Soon after that decision, in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368, the Privy Council adopted similar reasoning to uphold a prohibition on price discrimination under the criminal law power. Later, this Court, following in large part the reasoning employed by the Privy Council in *PATA*, *supra*, sustained a prohibition of resale price maintenance under the criminal law power (*Campbell v. The Queen*, [1965] S.C.R. vii) and a federal law authorizing the courts to make orders prohibiting the continuation of illegal practices or to dissolve illegal mergers; see *Goodyear Tire*, *supra*. In the *Goodyear Tire* case, at p. 311, Rand J. reaffirmed the reasoning in the *PATA* case and made the following observation:

It is accepted that head 27 of s. 91 of the Confederation statute is to be interpreted in the widest sense, but that breadth of scope contemplates neither a static catalogue of offences nor order of sanctions. The evolving and transforming types and patterns of social and economic activities are constantly calling for new penal controls and limitations and that new modes of enforcement and punishment adapted to the changing conditions are not to be taken as being equally within the ambit of parliamentary power is, in my opinion, not seriously arguable.

In my view, the reasoning in *PATA* and *Goodyear Tire* is directly applicable here. The simple fact that neither tobacco consumption nor tobacco advertising have been illegal in the past in no way precludes Parliament from criminalizing either of those activities today.

31

The notion of criminality, thus, is not a static one, but one which very much changes over time. As society changes, the conception of what types of conduct can properly be considered criminal also evolves. There are a myriad of different activities which at one point in time were considered legal, but which we now consider criminal. The offence of criminal harassment is one obvious example. For many years, it was not recognized as criminal to persistently follow someone and cause them to fear for their safety, so long as no contact was made. Now, that has distinctly changed with the addition of s. 264 of the *Code*, which makes this conduct a crime. In my view, this principle was expressed well in *R. v. Lafrenière*, [1994] O.J.

Peu de temps après cette décision, dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368, le Conseil privé a adopté un raisonnement similaire pour maintenir, en vertu de la compétence en matière de droit criminel, une prohibition de discrimination relative aux prix. Plus tard, notre Cour, se fondant en grande partie sur le raisonnement du Conseil privé dans l'arrêt *PATA*, précité, a confirmé une interdiction de maintien du prix de revente en vertu de la compétence en matière de droit criminel (*Campbell c. The Queen*, [1965] R.C.S. vii), ainsi qu'une loi fédérale autorisant les tribunaux à interdire par ordonnance la continuation de pratiques illégales ou à dissoudre des fusions illégales; voir *Goodyear Tire*, précité. Dans cet arrêt, à la p. 311, le juge Rand a de nouveau confirmé le raisonnement de l'arrêt *PATA* et fait l'observation suivante:

(TRADUCTION) Il est reconnu que le par. 91(27) de la loi sur la Confédération doit être interprété dans son sens le plus large, mais il ne s'agit pas pour autant d'établir un éventail fixe d'infractions ni de sanctions. L'évolution des types et des modèles d'activités sociales et économiques fait constamment appel à de nouveaux contrôles et restrictions de nature pénale, et, selon moi, on ne peut sérieusement soutenir que les nouveaux modes d'exécution et de sanction, adaptés à l'évolution des conditions, ne doivent pas être considérés comme faisant également partie de la compétence du Parlement.

À mon avis, les arrêts *PATA* et *Goodyear Tire* sont directement applicables en l'espèce. Le simple fait que l'usage et la publicité du tabac n'étaient pas illégaux dans le passé n'empêche aucunement le Parlement de criminaliser l'une ou l'autre de ces activités aujourd'hui.

La notion de criminalité n'est donc pas statique, mais évolue considérablement avec le temps. Au fur et à mesure qu'une société évolue, les catégories de comportements qui peuvent être considérés comme criminels changent aussi. Il existe une myriade d'activités différentes qui, à une certaine époque, étaient considérées comme licites et qui sont maintenant considérées comme criminelles. L'infraction de harcèlement criminel en est un exemple patent. Pendant de nombreuses années, on ne considérait pas que le fait de suivre constamment une personne et de lui faire craindre pour sa sécurité constituait un acte criminel tant et aussi longtemps qu'il n'y avait aucun contact. Un changement important est survenu depuis l'ajout de

No. 437 (Ont. Ct. (Prov. Div.)) by Greco Prov. Div. J., who stated the following with regard to the criminal harassment provisions (at para. 7):

If one analyzes the section closely it becomes apparent that conduct or behaviour by an accused which had previously been viewed as innocent, in the sense that it was not criminal conduct, in certain circumstances and under certain conditions may now become criminal conduct.

See also *R. v. Hau*, [1994] B.C.J. No. 677 (Prov. Ct.).

In addition, we should not be swayed by the fact that the underlying activity in this case, receiving a benefit or advantage, happens to be quite legal. Such is also the case in a number of criminal provisions. Nevertheless, the law recognizes that in certain circumstances perfectly legal activity can become criminal. As MacDonnell Prov. Div. J. correctly recognized with respect to the criminal harassment provisions:

It is important to recognize that the conduct referred to in the four categories in ss. 264(2) is not per se unlawful. Indeed, if it were, there would have been no need to enact s. 264. It is not per se criminal to follow someone, to communicate with them, or even to watch and beset a place where they are (unless one has the specific intent set out in s. 423(1) of the Code). It is not even an offence to engage in "threatening conduct", unless that conduct falls within one of the specific sections of the Code dealing with threats, such as ss. 264.1, 265(1)(b), 346(1), 423(1)(a) or (b), and 424. In enacting s. 264, Parliament has taken conduct which by itself is lawful and, in certain circumstances, made it criminal. [Emphasis added.]

(*R. v. Johnston*, [1995] O.J. No. 3118 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), at para. 29.)

This is quite analogous to the situation here. While it is true that in most cases, nothing could be

l'art. 264 du Code, qui prévoit qu'un tel comportement constitue un acte criminel. À mon avis, le juge Greco a bien exprimé ce principe dans l'affaire *R. c. Lafrenière*, [1994] O.J. No. 437 (C. Ont. (Div. prov.)), lorsqu'il a dit ce qui suit au sujet des dispositions relatives au harcèlement criminel (au par. 7):

[TRADUCTION] Lorsque l'on analyse cette disposition attentivement, on constate que le comportement d'un accusé qui avait été auparavant considéré comme inoffensif, en ce sens qu'il ne s'agissait pas d'un comportement criminel, peut maintenant devenir un comportement criminel dans certaines circonstances et à certaines conditions.

Voir aussi *R. c. Hau*, [1994] B.C.J. No. 667 (C. prov.).

De plus, nous ne devrions pas nous laisser influencer par le fait que l'activité sous-jacente en l'espèce, recevoir un avantage ou un bénéfice, est tout à fait légale. C'est aussi le cas de bon nombre de dispositions pénales. Néanmoins, la loi reconnaît que, dans certaines circonstances, des activités parfaitement légales peuvent devenir criminelles. Comme l'a admis le juge MacDonnell de la Division provinciale à l'égard des dispositions concernant le harcèlement criminel:

[TRADUCTION] Il est important de reconnaître que le comportement dont il est question dans les quatre catégories prévues au par. 264(2) n'est pas en soi illégal. En fait, s'il l'était, il n'aurait pas été nécessaire d'adopter l'art. 264. Ne constitue pas en soi un acte criminel le fait de suivre une personne, de communiquer avec celle-ci, ou même de surveiller l'endroit où elle se trouve et d'en «faire le siège» (à moins d'avoir l'intention précisée au par. 423(1) du Code). Le fait de «se comporter d'une manière menaçante» ne constitue même pas une infraction à moins que ce comportement ne soit visé par l'un des articles du Code concernant les menaces, tels l'art. 264.1, l'al. 265(1)b, le par. 346(1), les al. 423(1)a ou b) et l'art. 424. En adoptant l'art. 264, le législateur a fait d'un comportement qui, en soi, est légal un acte criminel dans certaines circonstances. [Je souligne.]

(*R. c. Johnston*, [1995] O.J. No. 3118 (C. Ont. (Div. prov.)), au par. 29.)

La situation est tout à fait semblable en l'espèce. Même s'il est vrai que, dans la plupart des cas, il

more innocent than accepting a gift or a benefit from someone, under certain circumstances that type of conduct can be considered criminal. There is nothing inherently improper in criminalizing the receipt of benefits.

34 The importance of this discussion is simply that once we recognize that our conception of criminality is somewhat fluid, it is a factor to consider in determining the proper limits of the criminal sanction. My colleague suggests that a government employee who receives benefits from someone who has dealings with the government does not commit a criminal offence. Essentially, he is saying that Parliament did not mean to enact such a law, because this conduct, without more, could not constitute a criminal act. I disagree. Parliament has identified what it considers an evil against the public, has set out a legitimate objective, and has written a prohibition into the statute which restricts specific actions. In my view, this is a valid exercise of the criminal law power, and as such, the judiciary should not rewrite it to suit its own particular conception of what type of conduct can be considered criminal. As Lamer J. (as he then was) recognized in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1070, adopting Borins Dist. Ct. J. in *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., September 23, 1985, unreported, at p. 15:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment.

35 I agree with this approach. It should not, however, be taken that I am suggesting that the courts have no role to play in helping to interpret criminal provisions and ensure that they remain carefully

n'y a rien de plus innocent que d'accepter un cadeau ou un bénéfice de quelqu'un, un tel comportement peut, dans certaines circonstances, être considéré comme criminel. Il n'y a rien d'intrinsèquement impropre au fait de criminaliser l'acceptation de bénéfices.

L'importance de cette discussion, vient du fait qu'une fois que nous admettons le caractère quelque peu fluide de notre conception de la criminalité, c'est un facteur qu'il y a lieu de prendre en considération pour déterminer les limites de la sanction pénale. Mon collègue estime qu'un fonctionnaire qui reçoit des bénéfices d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement ne commet pas d'infraction criminelle. Il dit essentiellement que le législateur n'avait pas l'intention d'adopter une telle règle de droit parce que ce seul comportement ne saurait constituer un acte criminel. Je ne suis pas d'accord. Le législateur a identifié ce qu'il considère être un mal commis à l'endroit du public, il a visé un objectif légitime et il a prévu dans la loi une interdiction qui restreint certains actes précis. À mon avis, il s'agit d'un exercice valide du pouvoir qui lui est conféré en matière de droit criminel, et les tribunaux ne devraient pas récrire cette disposition pour la rendre conforme à leur propre conception des catégories de comportements qui peuvent être considérés comme criminels. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a reconnu dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1070, en faisant siennes les observations du juge Borins dans *R. c. Guiller*, C. dist. Ont., le 23 septembre 1985, inédit, à la p. 15:

(TRADUCTION) Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée.

Je souscris à cette analyse. Il ne faudrait, toutefois, pas croire que je suggère que les tribunaux n'ont aucun rôle à jouer pour faciliter l'interprétation des dispositions pénales et faire en sorte

tailored to what Parliament intended. As Doherty J.A. describes it in *Greenwood, supra*, at p. 246:

The courts, however, play a crucial role in the process through the interpretation of the language used by Parliament, and the application of certain common law principles which, in the main, operate to set the necessary fault requirement: see *R. v. Sault Ste. Marie (City)*, [1978] 2 S.C.R. 1299. . . .

Doherty J.A., however, went on to expand upon this by saying that this interpretative role should be informed by certain concerns (at pp. 246-47):

In addition to these specific interpretative aids, the general underlying purpose of the criminal law must inform the interpretation of any provision which creates a crime. The criminal law is essentially a means whereby society seeks to prevent, and, failing that, punish blameworthy conduct which strikes at the fundamental values of the community. The criminal law is, however, a weapon of last resort intended for use only in cases where the conduct is so inconsistent with the shared morality of society so as to warrant public condemnation and punishment: see *The Criminal Law in Canadian Society* (Government of Canada, 1982), *Libman v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 178, . . . 21 C.C.C. (2d) 369, . . . at p. 212 (S.C.R.), p. 231 (C.C.C.). There must be at least a rough equivalence between what judges say is criminal and what the community regards as morally blameworthy. Judicial interpretation of statutory language so as to declare conduct criminal which members of the community view as innocent or morally neutral does a disservice to the overall operation of the criminal law: see Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* (1976); Sayre, "Public Welfare Offences" (1933), 33 Col. L.R. 55; J.L. Edwards, *Mens Rea in Statutory Offences* (1955) at pp. 244-251. [Emphasis added.]

I agree with this approach, so long as the focus remains upon interpretation. I repeat that judges should not attempt to rewrite a statute under the guise of interpreting it. If Parliament chooses to criminalize conduct which, notwithstanding *Charter* scrutiny, appears to be outside of what a judge considers "criminal", there must be a sense of def-

qu'elles demeurent soigneusement conformes à l'intention du législateur. Comme l'expose le juge Doherty de la cour d'appel dans l'arrêt *Greenwood*, précité, à la p. 246:

[TRADUCTION] Les tribunaux jouent toutefois un rôle crucial dans le processus par leur interprétation des termes utilisés par le législateur et l'application de certains principes de common law qui, dans l'ensemble, servent à déterminer l'exigence nécessaire en matière de faute: voir *R. c. Sault Ste-Marie (Ville de)*, [1978] 2 R.C.S. 1299. . . .

Le juge Doherty a, par ailleurs, précisé sa pensée en disant que ce rôle d'interprétation doit tenir compte de certaines préoccupations (aux pp. 246 et 247):

[TRADUCTION] Outre ces outils d'interprétation, l'objet général sous-jacent du droit criminel doit servir à l'interprétation de toute disposition qui définit un acte criminel. Le droit criminel est essentiellement un moyen par lequel la société tente de prévenir et, en cas d'échec, de punir un comportement répréhensible qui va à l'encontre des valeurs fondamentales de la collectivité. Le droit criminel n'est toutefois utilisé qu'en dernier ressort dans les seuls cas où le comportement est si incompatible avec les valeurs morales partagées par tous les membres de la société qu'il doit être condamné et sanctionné publiquement: voir *Le droit pénal dans la société canadienne* (Gouvernement du Canada, 1982), *Libman c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 178 [. . .], 21 C.C.C. (2d) 369 [. . .], à la p. 212 (R.C.S.), à la p. 231 (C.C.C.). Il doit y avoir au moins une équivalence approximative entre ce que les juges disent être criminel et ce que la collectivité considère répréhensible sur le plan moral. En interprétant les textes législatifs de manière à déclarer criminel un comportement que les membres de la collectivité considèrent comme inoffensif ou neutre sur le plan moral, les tribunaux nuisent à l'application générale du droit criminel: voir Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (1976); Sayre, «Public Welfare Offences» (1933), 33 Col. L.R. 55; J.L. Edwards, *Mens Rea in Statutory Offences* (1955), aux pp. 244 à 251. [Je souligne.]

Je suis d'accord avec cette approche tant et aussi longtemps que l'accent est mis sur l'interprétation. Je répète que les juges ne devraient pas tenter de récrire une loi sous prétexte de l'interpréter. Si le législateur choisit de rendre criminel un comportement qui, malgré un examen en vertu de la *Charte*, ne semble pas faire partie des comportements

erence to the legislated authority which has specifically written in these elements. In my view, what Doherty J.A. actually recognized when he stated that the judiciary should not declare innocent conduct criminal is a principle of statutory construction which decrees that Parliament does not intend through the criminal law to trap trivial, non-criminal conduct. As Gonthier J. expressed in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at p. 1082:

Where a provision is open to two or more interpretations, the absurdity principle may be employed to reject interpretations which lead to negative consequences, as such consequences are presumed to have been unintended by the legislature. In particular, because the legislature is presumed not to have intended to attach penal consequences to trivial or minimal violations of a provision, the absurdity principle allows for the narrowing of the scope of the provision.

37 Finally, I would also add that in considering whether the effect of the law conforms to the “underlying purpose of the criminal law” we must not focus narrowly on the impugned provision. Often, a particular provision may seem harsh on its face, but a number of defences exist which reduce its severity. In that sense, a judge in searching to discover the proper meaning of a provision must consider the whole of the law and how it will be applied, as opposed to the section in the abstract, before choosing an interpretation.

38 In this regard, I would also point out that the section at issue here is like few others in that it offers a simple, complete and exonerating defence to any government employee. Inherent in the reasons of Cory J. is that the section might trap conduct which, although it might appear corrupt on the surface, might truly be quite innocent. Unlike fraud, or bribery offences, however, this section offers an easy solution to any employee concerned about the propriety of his or her conduct. All the employee must do to be completely absolved of responsibility is get the consent of his or her superior in writing. In my view, this does not impose a particularly onerous requirement. Where the

qu’un juge considère comme «criminels», il faut faire preuve de retenue à l’égard de l’autorité législative qui a expressément inclus ces éléments. Selon moi, en disant que les tribunaux ne devraient pas déclarer criminel un comportement non répréhensible, le juge Doherty a, en réalité, reconnu un principe d’interprétation législative selon lequel le législateur ne vise pas à assujettir au droit criminel des comportements non criminels et inoffensifs. Comme l’a dit le juge Gonthier dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, à la p. 1082:

Lorsqu’une disposition se prête à plus d’une interprétation, le principe de l’absurdité peut permettre de rejeter les interprétations qui entraînent des conséquences négatives, puisqu’on peut présumer que le législateur ne visait pas de telles conséquences. De façon plus précise, comme on peut présumer que le législateur ne voulait pas attacher de conséquences pénales à des violations négligeables ou minimales d’une disposition, le principe de l’absurdité permet d’en réduire la portée.

Enfin, j’aimerais ajouter que, pour déterminer si l’effet de la loi est conforme à «l’objet sous-jacent du droit criminel», nous ne devons pas nous confiner à la disposition attaquée. Il arrive souvent qu’une disposition paraisse rigoureuse à première vue, mais qu’il existe divers moyens de défense qui en réduisent la sévérité. En ce sens, le juge qui cherche à découvrir le sens véritable d’une disposition doit, avant de choisir une interprétation, examiner l’ensemble de la loi et voir comment elle sera appliquée, plutôt que d’analyser la disposition dans l’abstrait.

À cet égard, j’aimerais aussi signaler que l’alinéa ici en cause n’a que peu d’équivalents en ce qu’il offre à tout fonctionnaire du gouvernement un moyen de défense simple, complet et disculpatoire. Il ressort implicitement des motifs du juge Cory que l’alinéa pourrait viser un comportement qui, bien qu’à première vue il puisse sembler corrompu, pourrait en réalité être tout à fait irréprochable. Cependant, contrairement aux infractions de fraude et de corruption, cet alinéa offre une solution simple à tout employé se demandant si son comportement est approprié. Pour se dégager de toute responsabilité, l’employé n’a qu’à obtenir le consentement écrit de son supérieur. À mon

employee has any doubts about accepting a gift, Parliament has made it clear that it would rather the person get the consent of his or her superior. At least one commentator has suggested that this defence should be enough to clarify any potential problems with the *mens rea* of the section: John C. Pearson, Annotation to *R. v. Greenwood* (1992), 8 C.R. (4th) 236.

It is with this background in mind that I approach the interpretation of this particular section of the *Code*. There can be no question that this section deals with a serious offence and that Parliament intended to deal with it seriously. Charges must proceed by way of indictment, and there is a maximum penalty of five years' imprisonment.

Actus Reus of s. 121(1)(c)

The interpretation of the section was recently considered in *Greenwood, supra*, by the Ontario Court of Appeal. My colleague takes the position that this decision properly defines the approach we should take to this section. While I am in agreement with much of what was said by Doherty J.A. in that case, I ultimately find myself in disagreement with his conclusions.

The language of s. 121(1)(c) consists of three separate elements which can be broken down into the following components:

- (a) the giving of a "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a person having "dealings with the government";
- (b) the receipt of that "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a government employee; and
- (c) the absence of the consent of the government employee's superior to the receipt of the "commission, reward, advantage or benefit of any kind".

avis, il ne s'agit pas là d'une exigence particulièrement lourde. Le législateur a clairement indiqué que, dès que l'employé a des doutes au sujet de l'acceptation d'un cadeau, il devrait plutôt obtenir le consentement de son supérieur. Au moins un commentateur a indiqué que ce moyen de défense devrait suffire pour clarifier tout problème éventuel en ce qui concerne la *mens rea* requise par cet alinéa: John C. Pearson, Annotation to *R. v. Greenwood* (1992), 8 C.R. (4th) 236.

C'est sur cette toile de fond que j'aborde maintenant l'interprétation de cette disposition du *Code*. Il est indubitable que cet alinéa concerne une infraction grave et que le législateur avait l'intention d'en traiter sérieusement. Les accusations doivent être portées par voie de mise en accusation et la peine prévue est un emprisonnement maximum de cinq ans.

L'actus reus requis par l'al. 121(1)(c)

La Cour d'appel de l'Ontario a récemment examiné l'interprétation de cet alinéa dans l'arrêt *Greenwood*, précité. Mon collègue est d'avis que cet arrêt définit adéquatement l'approche que nous devons adopter quant à cet alinéa. Bien que je souscrive en grande partie aux commentaires du juge Doherty dans cette affaire, je ne suis malgré tout pas d'accord avec ses conclusions.

L'alinéa 121(1)(c) comporte trois éléments distincts qui peuvent être énoncés de la façon suivante:

- a) le don d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par une personne qui a des «relations d'affaires avec le gouvernement»;
- b) l'acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par un fonctionnaire;
- c) l'absence de consentement du supérieur du fonctionnaire à l'acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature».

39

40

41

42

Nevertheless, these elements contain many terms which require the clarification of the courts. Without this interpretation, I agree with Cory J. that this section would have a virtually unlimited meaning. Interpretation in this regard is of course a standard feature of the criminal law, and should not be taken as suggesting that a provision does not offer sufficient particularity to the public. In this regard, I substantially agree with Arbour J.A., in *R. v. Fisher* (1994), 88 C.C.C. (3d) 103 (Ont. C.A.), at pp. 109-10, who in replying to a constitutional challenge to the very section at issue here, made the following remarks:

In its substantive conception, fair notice requires not only that the law be brought home to persons governed by it, but that the law convey in an intelligible way what the proscribed conduct is. The fact that citizens would be surprised to find how broadly the net has been cast by Parliament in criminalizing corruption in the public service does not mean that the law is broad to the point of vagueness.

The decision of this court in *Greenwood, supra*, elaborates upon the meaning of the statutory components of s. 121(1)(c). As so interpreted, the enactment provides adequate guidance to government employees who are required to comply with s. 121(1)(c) of the *Criminal Code*, and it also curtails appropriately discretionary enforcement. The text of that provision, as judicially interpreted, cannot, in my view, be said to be unconstitutionally vague.

See also: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd., supra*; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.

43

This approach, of course, recognizes that judicial interpretation has a crucial role to play in giving fair notice to the public. It is not merely whether the statute on its plain reading conveys accurate notice, but how it will be read in its proper context which must be considered as well.

44

In *Greenwood, supra*, Doherty J.A. concentrated his focus mainly upon the interpretation of the

Ces divers éléments contiennent, néanmoins, plusieurs termes qui nécessitent clarification par les tribunaux. Sans une telle interprétation, je suis d'accord avec le juge Cory que cet alinéa aurait un sens quasi illimité. Ce genre d'interprétation est, on le sait, standard en droit criminel et il ne faudrait pas en conclure que cela signifie qu'une disposition n'offre pas de détails suffisants pour le public. À cet égard, je suis pour l'essentiel d'accord avec le juge Arbour qui, dans *R. c. Fisher* (1994), 88 C.C.C. (3d) 103 (C.A. Ont.), aux pp. 109 et 110, a fait les remarques suivantes en réponse à une contestation constitutionnelle de l'alinéa ici en cause:

[TRADUCTION] Du point de vue du fond, la notion d'avertissement raisonnable exige non seulement que le texte de loi soit porté à la connaissance des personnes qui y sont assujetties, mais aussi qu'il indique de façon intelligible quel est le comportement interdit. Le fait que les citoyens seraient étonnés de constater la grande portée des dispositions adoptées par le législateur pour criminaliser la corruption au sein de la fonction publique ne signifie pas que la loi est générale au point d'être imprécise.

La décision de notre cour dans l'arrêt *Greenwood*, précité, précise le sens des divers éléments de l'al. 121(1)(c). Interprétée ainsi, cette disposition fournit des indications suffisantes aux fonctionnaires qui sont tenus de se conformer à l'al. 121(1)(c) du *Code criminel*, et elle restreint aussi adéquatement son application discrétionnaire. À mon avis, on ne peut pas dire que le texte de cette disposition, tel qu'il a été interprété par les tribunaux, est imprécis au point d'être inconstitutionnel.

Voir aussi *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

Cette analyse reconnaît évidemment que l'interprétation judiciaire a un rôle crucial à jouer pour que le public soit raisonnablement informé. Il ne s'agit pas simplement de voir si, sur simple lecture, la loi comporte un avertissement suffisant mais aussi de savoir comment la loi sera interprétée dans son contexte, qui doit aussi être analysé.

Dans l'arrêt *Greenwood*, précité, le juge Doherty a concentré son analyse principalement sur les

term “commission, reward, advantage or benefit of any kind”. He came to the conclusion that this wording had the potential to trap a large scope of non-criminal conduct and thus it was important to limit it as much as possible. His starting point was that a literal reading of the term “advantage or benefit of any kind” included gifts and all sorts of trivial favours, including the situation where a person having dealings with the government purchases a government employee a cup of coffee. Cory J. has come to the same conclusion.

Doherty J.A. believed that the key to interpreting the rather open-ended term “advantage or benefit” was the concept of profit (at p. 252):

It is noteworthy that the other offences created by s. 121(1) also used the words “advantage or benefit”, without any apparent qualification. The offences created by those sections, however, limit the scope of those words by requiring that the advantage or benefit be given or received for a specific purpose, (s. 121(1)(a), (d), (e) and (f)) or in relation to the giver’s dealings with the government (s. 121(1)(b)): see *R. v. Giguere*, supra, at p. 458 (S.C.R.), p. 9 (C.C.C.). Those sections differentiate between criminal benefits and other benefits by reference to the giver’s or recipient’s state of mind. No such limitation is found in s. 121(1)(c). However, that section creates a crime which is as serious and serves the same purpose as the other offences created by s. 121. It is therefore necessary to choose, from the available definitions, meanings for the words “advantage or benefit” which limit s. 121(1)(c) to its intended purpose.

In my view, the word “profit” found in both the definition of “advantage” and “benefit” sounds the keynote for the meaning of those words in the context of s. 121(1)(c). A government employee receives an advantage or benefit when that employee receives something of value which, in all of the circumstances, the trier of fact concludes constitutes a profit to the employee (or a family member) derived, in part at least, because the employee is a government employee, or because of the nature of the work done by the employee for the government. This definition encompasses not only arrangements involving a quid pro quo but also those more subtle forms of potential corruption whereby

termes «une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature». Il a conclu que ces termes pouvaient englober de nombreux comportements non criminels et qu’il était donc important d’en limiter la portée le plus possible. Il est parti du principe qu’une interprétation littérale des termes «un avantage ou un bénéfice de quelque nature» permettait d’inclure des cadeaux et des favours négligeables de toutes sortes, notamment la tasse de café offerte à un fonctionnaire par une personne qui a des relations d’affaires avec le gouvernement. Le juge Cory en est arrivé à la même conclusion.

Le juge Doherty a estimé que l’élément clé permettant d’interpréter les termes de portée plutôt illimitée «un avantage ou un bénéfice» était le concept de profit (à la p. 252):

[TRADUCTION] Il convient de signaler qu’on utilise aussi pour les autres infractions définies au par. 121(1) les termes «un avantage ou un bénéfice», sans limitation apparente. Les infractions ainsi créées limitent toutefois la portée de ces termes en exigeant que l’avantage ou le bénéfice soit donné ou reçu à une fin précise (al. 121(1)a, d, e) et f)) ou relativement aux relations d’affaires du donneur avec le gouvernement (al. 121(1)b)): voir *R. c. Giguère*, précité, à la p. 458 (R.C.S.), à la p. 9 (C.C.C.). Ces alinéas font une distinction entre les bénéfices criminels et les autres bénéfices en fonction de l’état d’esprit de celui qui les donne ou de celui qui les reçoit. On ne trouve aucune limitation de ce genre à l’al. 121(1)c). Cet alinéa crée cependant un crime aussi grave et a le même objet que les autres infractions définies par l’art. 121. Il est donc nécessaire de choisir, parmi les définitions existantes, un sens pour les mots «un avantage ou un bénéfice» qui limite l’al. 121(1)c) à l’objet qu’il est censé viser.

À mon avis, le terme «profit» que l’on trouve à la fois dans la définition d’«avantage» et de «bénéfice» semble être l’élément dominant ressortant de ces termes dans le contexte de l’al. 121(1)c). Un fonctionnaire reçoit un avantage ou un bénéfice lorsqu’il accepte quelque chose de valeur qui, de l’avis du juge des faits, représente, compte tenu de toutes les circonstances, un profit pour l’employé (ou un membre de sa famille) tiré, du moins en partie, du fait qu’il est un fonctionnaire ou en raison de la nature du travail qu’il exécute pour le gouvernement. Cette définition englobe non seulement les ententes prévoyant une contrepartie, mais aussi les formes plus subtiles de corruption possible en vertu des-

an employee gets something from an individual who has dealings with the government because he or she is a government employee, even though the giver expects nothing in return and the employee has done nothing to earn the thing given. [Emphasis added.]

46 In essence, for the purpose of not trapping the recipient of a trivial benefit, Doherty J.A. introduced a new element into the section. With the greatest of respect, it is neither desirable nor necessary to do so. In my view, Parliament worded this section broadly and did not intend to restrict its application solely to situations where the gift was motivated by the recipient's position in government. I believe it is possible to limit the section's potentially wide application through statutory interpretation without introducing an additional element.

47 I propose to examine each component of the *actus reus* in order to determine whether the section contains adequate safeguards to prevent the recipient of a minor benefit from falling into the criminal system.

(a) *the giving of a "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a person having "dealings with the government"*

48 The first component of the section is that a commission, reward, advantage or benefit of any kind be given by a person having dealings with the government. I agree with Cory J. that at first glance this section appears to have virtually unlimited application. On a literal interpretation, it is difficult to find a person in modern society who does not have some form of dealings with the government. It cannot have been the intention of Parliament to encompass every person in Canada, and many living abroad, into the section. Given the important purpose of preserving integrity, it would appear to me that the section is not interested in regulating the ordinary dealings which go on between Canadians and the government, but is truly concerned with persons who at the time of the commission of the offence had specific or ongoing business dealings with the government and that the

quelles un employé obtient quelque chose d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement parce qu'il est fonctionnaire, même si le donneur n'attend rien en retour et que l'employé n'a rien fait pour mériter la chose qui lui est donnée. [Je souligne.]

Essentiellement, dans le but d'éviter que la personne qui reçoit un avantage négligeable ne soit visée, le juge Doherty a introduit un nouvel élément dans cet alinéa. À mon avis, le législateur a libellé cet alinéa d'une façon large et n'avait pas l'intention d'en restreindre l'application uniquement aux situations dans lesquelles le cadeau était motivé par la fonction du récipiendaire dans le gouvernement. Je crois qu'il est possible d'en limiter l'application potentiellement large par le biais de l'interprétation statutaire sans y introduire d'élément additionnel.

J'ai l'intention d'examiner chacun des éléments de l'*actus reus* pour déterminer si l'alinéa renferme des garanties suffisantes pour empêcher qu'une personne qui reçoit un bénéfice minime ne fasse l'objet de poursuites criminelles.

a) *le don d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par une personne qui a des «relations d'affaires avec le gouvernement»*

Le premier élément de cet alinéa est qu'une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature doit être donné par une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement. Je conviens avec le juge Cory qu'à première vue cet alinéa semble avoir une application à toutes fins pratiques illimitée. Si on l'interprète littéralement, il est difficile de trouver une personne qui, dans la société moderne, n'a pas, sous une forme ou une autre, des relations d'affaires avec le gouvernement. Le législateur ne peut pas avoir eu l'intention d'inclure par cet alinéa chaque personne vivant au Canada ainsi que beaucoup d'autres vivant à l'étranger. Compte tenu de l'objectif important de préserver l'intégrité du système, il me semble que cet alinéa n'a pas pour objet de régir les relations d'affaires ordinaires entre les Canadiens et le gouvernement, mais qu'il vise

gift was such that it could have an effect on those dealings.

I come to this conclusion for two reasons. First, in the related s. 121(1)(b), the wider term “dealings of any kind” is used as opposed to the present section which merely employs the term “dealings”. It is reasonable to assume that Parliament deliberately chose to omit the additional words “of any kind” and in doing so, intended to ascribe a narrower meaning to “dealings” in s. 121(1)(c).

Second, I would point out that while the English provision of the *Criminal Code* uses the wide term “dealings”, the French version of the text is expressed in a narrower manner. It states:

étant fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature. . . . [Emphasis added.]

The French text means, literally, that the giver must be conducting business dealings, or have business relations with the government. Since the two versions are somewhat different, we must attempt to find a shared meaning: R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 223; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 275. It does not appear that the sections are contradictory; rather, the English version is open to different interpretations while the French version is open to just one. Given the purpose of the statute, which is to preserve the appearance of integrity, I believe the French version is the applicable one. I find it hard to see how the purpose of the statute would be furthered by accepting the broader English meaning. As the French version eliminates any ambiguity in the statute, it is incumbent upon the Court to accept this narrower meaning.

Therefore, I conclude that the proper interpretation of this term is the narrow one, whereby only where persons are in the process of having com-

plutôt les personnes qui, au moment de la perpétration de l'infraction, avaient des relations d'affaires particulières ou courantes avec le gouvernement et dont le cadeau était tel qu'il pouvait avoir des effets sur ces relations.

J'en arrive à cette conclusion pour deux motifs. Premièrement, dans l'alinéa connexe 121(1)(b), l'expression plus large «*dealings of any kind*» est utilisée par opposition au simple terme «*dealings*» dans l'alinéa qui nous concerne. Il semble logique d'en déduire que le législateur a, de façon délibérée, choisi d'omettre les mots additionnels «*of any kind*» et, en ce faisant, a eu l'intention de limiter la portée du terme «*dealings*» à l'al. 121(1)(c).

Deuxièmement, je souligne que, tandis qu'on utilise, dans le texte anglais du *Code criminel*, le terme général «*dealings*», le texte français est plus restrictif. Il porte:

étant fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature . . . [Je souligne.]

Le texte français signifie littéralement que le donneur doit avoir des relations d'affaires ou «*business dealings*» avec le gouvernement. Comme les deux textes diffèrent quelque peu, nous devons tenter de leur trouver un sens commun: R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 223; Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 307. Il ne semble pas que les alinéas soient contradictoires; le texte anglais se prête plutôt à diverses interprétations tandis que le texte français ne se prête qu'à une seule. Compte tenu de l'objet de la loi, qui est de préserver l'apparence d'intégrité, je crois que c'est le texte français qui s'applique. Je ne vois pas comment le sens plus général du texte anglais pourrait mieux servir l'objet de la loi. Comme le texte français fait disparaître toute ambiguïté dans la loi, la Cour doit accepter ce sens plus restreint.

Par conséquent, je conclus qu'il faut accorder à ce terme l'interprétation restreinte en vertu de laquelle seules les personnes qui ont des relations

49

50

51

mercial dealings with the government at the time of the offence is the conduct trapped under the section. I find it unnecessary to expand at length about what would constitute “business dealings” for the purpose of the section. This was not the principal argument before this Court, and there is no doubt that this factor would be satisfied on the facts of this case. I believe the term is easily amenable to judicial interpretation and should not cause any difficulty.

(b) *the receipt of that “commission, reward, advantage or benefit of any kind” by a government employee*

52

It is this portion of the provision which would appear to attract the greatest scrutiny of both Doherty J.A. in *Greenwood* and Cory J. here. The concern appears to be that the words “advantage or benefit” are used without any qualification and seem to be virtually unlimited. Indeed, Cory J. points out that the words “of any kind” would seem to make the section virtually limitless. He concludes by saying (at para. 95):

The section makes it an offence for an employee to accept or agree to accept from a person who has dealings with the government a commission, reward, advantage or benefit of any kind directly or indirectly, by himself or through a member of his family, unless he has the consent in writing of the government that employs him. Thus if a government employee accepts, on a rainy day, a ride downtown from a friend who does business with the government he has received a benefit. That could hold true as well for the cup of coffee or occasional lunch bought by the friend for the government employee. [Emphasis in original.]

53

I do not agree that the phrase “of any kind” was meant to widen the scope of the provision’s reach. It was not worded or intended to mean “of whatever amount” or “of any value” such that the recipient of a cup of coffee should come within the confines of the section. On the contrary, I believe that Parliament’s true intent in adding the words “of any kind” was to trap diverse forms of benefits, as opposed to indicating that it would be

d’affaires avec le gouvernement au moment de la perpétration de l’infraction sont visées par l’alinéa. J’estime qu’il est inutile de s’attarder sur ce que seraient des «*business dealings*» aux fins de cet alinéa. Ce n’est pas le principal argument avancé devant notre Cour et il serait indubitablement satisfait à ce facteur compte tenu des faits de l’espèce. Je crois que cette expression se prête facilement à l’interprétation judiciaire et qu’elle ne devrait poser aucun problème.

b) *l’acceptation d’«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par un fonctionnaire*

C’est cette partie de l’alinéa qui a suscité le plus d’attention de la part du juge Doherty dans l’arrêt *Greenwood* et du juge Cory en l’espèce. Le problème semble être que les termes «avantage ou bénéfice» sont utilisés sans aucune qualification et qu’ils semblent avoir une portée à toutes fins pratiques illimitée. En fait, le juge Cory souligne que les termes «de quelque nature» rendent la portée de cet alinéa quasi illimitée. Il conclut en disant (au par. 95):

[Selon cet alinéa], commet une infraction l’employé qui accepte ou convient d’accepter d’une personne qui a des relations d’affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, de lui-même ou par l’intermédiaire d’un membre de sa famille, à moins d’avoir obtenu le consentement écrit du gouvernement qui l’emploie. Par conséquent, si un fonctionnaire accepte, un jour pluvieux, de se rendre en ville à bord de la voiture d’un ami qui a des relations d’affaires avec le gouvernement, il a reçu un bénéfice. Cela pourrait être vrai aussi de la tasse de café ou du déjeuner qu’un ami offre à l’occasion à un fonctionnaire. [Souligné dans l’original.]

Je ne suis pas d’accord pour dire que l’expression «de quelque nature» était destinée à élargir la portée de l’alinéa. L’expression utilisée n’était pas censée signifier «de quelque montant que ce soit» ou «de quelque valeur que ce soit», si bien que la personne à qui l’on offre une tasse de café serait visée par l’alinéa. Au contraire, je crois que l’intention réelle du législateur en ajoutant les termes «de quelque nature» était d’englober diverses

criminal to accept benefits of any value. To the extent that the term could support both interpretations, I once again look at the French version of the *Criminal Code*, which sets out the section in the following way:

étant fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement, une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, par lui-même ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille ou de toute personne à son profit, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement qui l'emploie ou dont il est fonctionnaire, un consentement écrit dont la preuve lui incombe. [Emphasis added.]

Once again, this wording of the provision sheds some light on the latent ambiguity. The term “*de quelque nature*” operates somewhat differently from “of any kind” and strongly supports the interpretation I have suggested above. It indicates that what Parliament was truly intending by the section was to attract diverse forms of benefits. Thus, a government employee who receives a house at no cost is in the same position as one who happens to receive cash compensation.

I believe that the approach taken in *Pezzelato v. The Queen*, 96 D.T.C. 1285 (T.C.C.), in this regard is quite instructive. The decision deals with s. 6(1)(a) of the *Income Tax Act*, which is concerned with whether a person receives a benefit “of any kind whatever received or enjoyed . . . in the year in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment”.

While the specific facts of *Pezzelato* are not particularly helpful as the main question was whether it was a benefit received by virtue of the appellant's employment, the pragmatic approach taken to the term “benefit of any kind” by Bowman T.C.C.J. merits consideration. I recognize of course that as a taxation case, this decision deals with markedly different principles; however it is interesting in that it states clearly that the term

formes de bénéfices et non pas de prévoir que constitue un acte criminel le fait d'accepter des bénéfices de quelque valeur que ce soit. Dans la mesure où cette expression pourrait se prêter à ces deux interprétations, je reviens au texte français du *Code criminel*:

étant fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement, une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, par lui-même ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille ou de toute personne à son profit, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement qui l'emploie ou dont il est fonctionnaire, un consentement écrit dont la preuve lui incombe. [Je souligne.]

Encore une fois, ce libellé de l'alinéa jette un certain éclairage sur cette ambiguïté latente. L'expression «de quelque nature» s'entend quelque peu différemment de l'expression «*of any kind*» et renforce l'interprétation que je viens de suggérer. Elle indique que ce que le législateur cherchait à faire en adoptant cet alinéa était de viser diverses formes de bénéfices. Ainsi, un fonctionnaire qui reçoit gratuitement une maison est dans la même position qu'un autre qui reçoit une rémunération en argent.

Je crois que l'analyse qui a été faite dans *Pezzelato c. The Queen*, 96 D.T.C. 1285 (C.C.I.), est fort révélatrice à cet égard. Cette décision concerne l'al. 6(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui vise à déterminer si la personne reçoit des avantages «quelconques qu'[elle] a reçus ou dont [elle] a joui au cours de l'année au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi».

Même si les faits de l'affaire *Pezzelato* ne sont pas particulièrement utiles étant donné qu'il s'agissait principalement de déterminer si le bénéfice reçu par l'appellant lui avait été conféré en raison de son emploi, l'analyse pragmatique qu'a faite le juge Bowman de l'expression «avantage quelconque» mérite d'être prise en considération. Je reconnais évidemment qu'étant donné qu'il s'agissait d'une affaire d'impôt, cette décision concerne

54

55

56

“benefit of any kind” is not unlimited in scope (at p. 1288):

The sole question is: was it a benefit? The word in the French version is “*avantage*”.

The matter has been much litigated in this court and in higher courts. Before I deal with the cases, I should like to approach the problem simply as a matter of principle and of common sense. Notwithstanding the breadth of its wording section 6 is not intended to create an artificial concept of income from employment. Rather, it is designed to recognize the numerous and varied ways in which an employee may be remunerated for his or her services and to bring them within the net of taxation. It is not intended to expand beyond the ordinary understanding of the word benefit (*avantage*) things that are not benefits at all. In other words, the wide net that section 6 casts relates to the manner in which the benefit is conferred, not to the definition of the benefit.²

See also *Vine Estate v. Minister of National Revenue* (1989), 29 F.T.R. 59, at p. 67.

57 I come to a similar conclusion here. In my view, the words “of any kind” do not add to the term “benefit” in any way other than to suggest that Parliament intended to trap benefits other than those of a strict monetary nature.

58 This of course does not completely address the question of what exactly Parliament did intend to encompass through the terms it used. The words “benefit” and “advantage” by themselves can still be understood to capture a wide variety of conduct. My colleague is rightly concerned about this section imposing a criminal sanction for a benefit received which is so minimal it clearly does not warrant such a harsh reprisal. I agree that such an

² The words “of any kind whatever” do not appear to add anything to or extend the ordinary meaning of benefit. A benefit is, after all, a benefit. If something is not a benefit it does not become one by adding the words “of any kind whatever”. I can only assume that the additional words are not intended to add to the meaning of benefit, but to prevent the meaning of the word from being restricted by being interpreted as (*ejusdem*) *generis* with board and lodging.

des principes nettement différents; toutefois, elle est intéressante parce qu'elle indique clairement que l'expression «avantage quelconque» n'a pas une portée illimitée (à la p. 1288):

La seule question est de savoir s'il s'agissait d'un avantage. Le terme utilisé dans la version anglaise est «*benefit*».

Cette question a été l'objet de nombreux litiges devant notre cour et devant des tribunaux supérieurs. Avant de traiter de la jurisprudence, je voudrais examiner le problème simplement comme une question de principe et de bon sens. Nonobstant la portée de sa formulation, l'article 6 ne vise pas à créer un concept artificiel de revenu d'emploi. Il vise plutôt à reconnaître les multiples façons de rétribuer un employé pour ses services et à les assujettir à l'impôt. Il ne vise pas à étendre le sens ordinaire du mot avantage (*benefit*) à des choses qui ne sont nullement des avantages. Autrement dit, la large portée de l'article 6 concerne la manière dont l'avantage est conféré et non la définition du terme avantage².

Voir aussi *Vine Estate c. Minister of National Revenue* (1989), 29 F.T.R. 59, à la p. 67.

J'en arrive à une conclusion similaire en l'espèce. À mon avis, les termes «de quelque nature» n'ajoutent rien au mot «avantage» sinon qu'ils indiquent que le législateur entendait englober les bénéfiques autres que ceux d'une nature strictement pécuniaire.

Cela ne tranche évidemment pas complètement la question de savoir ce que le législateur entendait exactement inclure dans ces termes. On peut considérer que les termes «avantage» et «bénéfice» visent en soi un large éventail de comportements. Mon collègue a raison de se demander si cet alinéa permet d'infliger une sanction pénale pour un bénéfice reçu qui est si minime qu'il ne justifie manifestement pas une sanction aussi sévère.

² [Le mot «quelconque»] ne sembl[e] pas étendre le sens ordinaire du mot avantage ou y ajouter quoi que ce soit. Après tout, un avantage est un avantage. Si une chose n'est pas un avantage, elle n'en devient pas un à cause de l'adjonction [du mot «quelconque»]. Je ne puis que présumer que [ce mot] supplémentair[e] vis[e] non pas à ajouter au sens du terme avantage, mais plutôt à empêcher qu'on en restreigne le sens en l'assimilant *ejusdem generis* au logement et à la pension.

interpretation would be clearly absurd, and as such is not one which should be followed. As stated in *Driedger, supra*, at p. 79:

Where it appears that the consequences of adopting an interpretation would be absurd, the courts are entitled to reject it in favour of a plausible alternative that avoids the absurdity.

Given the absurd consequences of adopting an unlimited wide meaning of the term “advantage or benefit” it is incumbent to search out an interpretation which avoids these consequences. In my view, many of these can be avoided by a stricter reading of the term, and a recognition that it requires the beneficiary to have secured a material or tangible gain before falling into the confines of the section. In this regard, I have no difficulty with the description of this as a “profit” by Doherty J.A. I merely differ from him in the conclusion that this profit must have come from the accused’s position in government.

Cory J., however, concludes that without this strict confining on the term, the provision will attract too wide a scope of conduct. He cites, *inter alia*, a government employee who accepts an innocent cup of coffee or occasional lunch from a friend, or receives a lift from someone when caught in the rain, and points out that these people could be caught by a literal reading of benefit, or even profit. I would note that he has in fact gone farther than Doherty J.A. in *Greenwood, supra*, and required a subjective awareness of the motivation behind the gift as well.

This is not the first time our Court has been faced with a *Criminal Code* section with potentially wide application, nor is it the only section in the *Code* which, if literally interpreted, could capture innocent activity. While I agree with my colleague that we do not want to capture the recipient of a cup of coffee, his reasons have done much more than that. Cory J.’s definition would exclude

J’admets qu’une telle interprétation serait manifestement absurde et qu’elle ne devrait donc pas être suivie. Comme il est dit dans *Driedger, op. cit.*, à la p. 79:

[TRADUCTION] Lorsque les conséquences de l’adoption d’une interprétation seraient absurdes, les tribunaux sont justifiés de la rejeter et de lui préférer une autre interprétation plausible qui permet d’éviter l’absurdité.

Compte tenu des conséquences absurdes qui résulteraient de l’attribution d’un sens illimité aux termes «avantage ou bénéfice», il convient de chercher une interprétation qui permette de les éviter. À mon avis, il est possible d’éviter une bonne partie de ces conséquences en interprétant plus strictement les termes en cause et en reconnaissant qu’ils exigent que, pour être visé par cet alinéa, le bénéficiaire ait obtenu un gain important ou concret. À cet égard, je ne trouve rien à redire à la qualification de «profit» qui a été faite par le juge Doherty. Là où nous différons d’opinion c’est quant à sa conclusion que ce profit doit avoir été obtenu en raison du poste qu’occupe l’accusé au gouvernement.

Le juge Cory conclut, toutefois, que, si on ne s’en tient pas à cette interprétation stricte, l’alinéa englobera un éventail trop large de comportements. Il mentionne, notamment, le cas d’un fonctionnaire qui accepte la tasse de café ou le déjeuner que lui offre à l’occasion un ami, ou qui, par un jour pluvieux, se fait déposer quelque part par quelqu’un, et il souligne que ces personnes pourraient être visées par l’alinéa si on interprétait littéralement le mot bénéfice, ou même profit. Je signale qu’il est même allé plus loin que le juge Doherty dans l’arrêt *Greenwood*, précité, en exigeant en plus une connaissance subjective des motifs pour lesquels un cadeau est offert.

Ce n’est pas la première fois que notre Cour doit se prononcer sur une disposition du *Code criminel* susceptible d’avoir une application large; il ne s’agit pas non plus du seul article du *Code* qui, s’il est interprété littéralement, pourrait viser des activités inoffensives. Même si je reconnais avec mon collègue que nous ne voulons pas viser la personne qui accepte une tasse de café, il va beaucoup plus

59

60

61

anyone who did not intend to receive this benefit because of his or her position in government. This seems to be completely contrary to the section's role in preserving the appearance of integrity in government.

62 I cite, as an example, the hypothetical situation of a government employee who has business dealings with a lifelong friend who has construction contracts with the government. Suppose this friend, out of genuine friendship, decides to build his friend a \$200,000 house at no cost. According to Cory J., this type of situation would not fall within the scope of the section if the government employee had a genuine belief that this gift was strictly out of friendship. In my view, this is exactly the type of situation the section was designed to capture.

63 While the occasional free lunch or dinner might not concern the public, the conclusion may well be different in a situation where the friend purchases lunch or dinner every day, or for a sustained period of time. What may cast a shadow upon the appearance of integrity will likely depend on a number of different factors. I wish to point out that to impose a restriction, as I believe my colleague has done, which puts all of these transactions out of reach is a virtual rewriting of the section; it is to do what Parliament has specifically restrained from doing. In my view, as much as is possible within the valid corners of the law, and absent constitutional considerations which mandate otherwise, we should respect Parliament's wishes on these matters and not impose unwanted hindrances.

64 I believe the term "advantage or benefit" can be interpreted in a manner which does not include the recipient of a cup of coffee. In *Hoefele v. The Queen*, 94 D.T.C. 1878 (T.C.C.), the court found that to constitute a benefit worthy of measurement, it needed to be a "material economic advantage" (p. 1880). It was recognized, therefore, that trivial advantages did not satisfy the confines of the law. In a taxation sense, a benefit does not occur when

loin que cela dans ses motifs. En effet, la définition du juge Cory excluait quiconque n'avait pas l'intention d'accepter ce bénéfice en raison de son poste au sein du gouvernement. Il semble que cela soit tout à fait contraire au rôle de l'alinéa qui est de préserver l'apparence d'intégrité au sein du gouvernement.

Je signale, par exemple, le cas hypothétique du fonctionnaire qui a des relations d'affaires avec un ami de longue date ayant conclu des contrats de construction avec le gouvernement. Supposons que cet ami décide, en toute amitié, de lui construire gratuitement une maison d'une valeur de 200 000 \$. Suivant le juge Cory, cette situation ne serait pas visée par l'alinéa si le fonctionnaire croyait véritablement que ce cadeau lui était fait par pure amitié. À mon avis, il s'agit exactement là du genre de situation que l'alinéa vise à inclure.

Même si le public n'est pas concerné par le déjeuner ou le dîner gratuit offert occasionnellement, la conclusion pourrait être fort différente dans un cas où cet ami offre un repas quotidiennement ou pendant une longue période. Les activités qui peuvent susciter des doutes sur l'apparence d'intégrité dépendront vraisemblablement de nombre de facteurs variés. Je désire signaler qu'imposer une restriction, comme l'a fait selon moi mon collègue, qui mette toutes ces activités hors de la portée de l'alinéa équivaut à récrire cet alinéa, à faire ce que le législateur s'est précisément abstenu de faire. À mon avis, en autant que ce soit possible en respectant les limites du texte de la loi et en l'absence de considérations constitutionnelles au contraire, il convient de respecter la volonté du législateur à cet égard et de ne pas imposer d'obstacles non souhaités.

Je crois que les termes «avantage ou bénéfice» peuvent être interprétés de manière à ne pas inclure la personne qui se voit offrir une tasse de café. Dans *Hoefele c. The Queen*, 94 D.T.C. 1878 (C.C.I.), la cour a conclu que, pour constituer un bénéfice appréciable, il doit s'agir d'un «avantage économique important» (p. 1880). Il a donc été reconnu que des avantages négligeables ne satisfont pas aux exigences de la loi. Dans le domaine

the payment is a reimbursement or does not advance the recipient's position in any material sense.

The decision of *R. v. Dubas*, [1992] B.C.J. No. 2935 (S.C.), aff'd without reference to this point (1995), 60 B.C.A.C. 202, is also instructive in narrowing the section's application. In that decision, the Deputy Minister of Health for British Columbia was charged after it became known that he had accepted a hotel room and hotel expenses from a company which manufactured high technology hospital equipment and often sold this equipment to agents of the ministry. MacDonell J. utilized the following approach in deciding the case (at paras. 29-30):

It is apparent from the authorities that all of the circumstances must be considered in deciding whether Mr. Dubas received a benefit or not. In deciding that, the purpose of the trip has to be considered: whether it was essentially on government business and, if so, what advantage was there to Mr. Dubas to receive free accommodation. Was it the government, or the taxpayers of British Columbia, who received the benefit by not having to pay for the trips which would otherwise be paid for by the Ministry, or was the benefit for Siemens? . . .

With respect to Count 1, I am of the view that no benefit was received by Mr. Dubas from Siemens Electric Ltd. with respect to the February/March, 1986 trip. All that was provided was accommodation of which the Minister was aware and approved. Mr. Dubas was there on government business and, if the trip were authorized and had the accommodation not been offered, he would be entitled to charge out the expenses for it. In neither case does he personally benefit. Accordingly, I conclude that the Crown has failed to prove beyond a reasonable doubt the guilt of the accused under Count 1.

In my view, this reasoning is quite appropriate. While conduct similar to that in the *Dubas* case might attract sanction under a government's conflict of interest guidelines, it does not fall within the purpose or wording of s. 121(1)(c). It is true

de l'impôt, aucun avantage n'est conféré lorsque le paiement est un remboursement ou n'améliore pas de façon appréciable la situation de la personne qui le reçoit.

L'arrêt *R. c. Dubas*, [1992] B.C.J. No. 2935 (C.S.), confirmé sans référence à ce point (1995), 60 B.C.A.C. 202, est aussi instructif en ce qu'il restreint l'application de l'alinéa. Dans cette affaire, des accusations avaient été portées contre le sous-ministre de la Santé de la Colombie-Britannique après qu'on eut appris qu'il avait accepté que les coûts d'une chambre d'hôtel et les frais afférents lui soient payés par une compagnie qui fabriquait du matériel hospitalier de haute technologie et qui vendait souvent ce matériel à des représentants du ministère. Le juge MacDonell a adopté l'approche suivante pour statuer sur l'affaire (aux par. 29 et 30):

[TRADUCTION] Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu'il faut prendre en considération toutes les circonstances pour décider si M. Dubas a reçu un bénéfice. À cette fin, il faut examiner le but du voyage: s'agissait-il essentiellement d'un voyage pour affaires officielles et, le cas échéant, quel était l'avantage de M. Dubas à être hébergé gratuitement? Est-ce le gouvernement ou les contribuables de la Colombie-Britannique qui ont reçu le bénéfice parce qu'ils n'ont pas eu à payer les frais de voyages qu'aurait normalement dû acquitter le Ministère, ou est-ce Siemens qui en a tiré un avantage? . . .

Quant au premier chef d'accusation, j'estime que M. Dubas n'a reçu aucun bénéfice de Siemens Electric Ltd. en ce qui concerne son voyage de février/mars 1986. Seul l'hébergement a été fourni et le ministre était au courant et avait donné son approbation. Monsieur Dubas était là-bas pour affaires officielles; si le voyage avait été autorisé et que l'hébergement n'avait pas été offert gratuitement, il aurait eu le droit de demander le remboursement des dépenses ainsi engagées. Dans aucun de ces cas, il ne tire un avantage personnel. Par conséquent, je conclus que le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé relativement au premier chef d'accusation.

À mon avis, ce raisonnement est tout à fait approprié. Même si un comportement analogue à celui dont il était question dans l'arrêt *Dubas* peut faire l'objet d'une sanction aux termes d'un code régissant les conflits d'intérêts au sein du gouver-

that the appearance of integrity may be harmed by such conduct, but it is not because the government employee personally benefits. This particular section is designed to prevent an employee from actually benefiting. Where this does not occur, the criminal sanction is not warranted.

67 This would also address many of the situations suggested by Cory J. Where friends take each other to dinner on a reciprocating basis, it is unfair to suggest that one “benefits” by receiving a dinner on an isolated occasion. It would be acceptable for an accused in such a situation to raise evidence which showed that this was part of an ongoing relationship between friends who periodically exchanged dinners. Where the benefits, however, were obviously one-sided, it might lead to a different conclusion. This would be a matter for the trier of fact to consider on all the facts of the case, and its unique circumstances.

68 In this regard, it is important to consider the relationship between the parties as well as the scope of the benefit. Obviously, the closer the relationship, the less likely the gift should be perceived as an advantage or benefit to the recipient. The size of the gift is also a crucial indicator. Where a gift is trivial, like a cup of coffee, I fail to see how it could ever be seen as a true “benefit” to someone. The same situation is not apparent when the gift is a car, a large sum of money, or a house. In these cases, a trier of fact might well find that the person has benefited from the gift well beyond anything he or she has contributed. Simply stated, it is a question of fact for the jury to determine based on all the evidence in the case. In most instances, this determination should not be a difficult one. In fact, while this case deals with the potential application of the section, the appellant was unable to cite one reported case where the Crown actually pursued someone for the receipt of a “trivial” benefit. Where it would be difficult, however, it would still not require a finding that it

nement, il n’est pas visé par l’objet ou le libellé de l’al. 121(1)c). Il est vrai qu’un tel comportement peut porter atteinte à l’apparence d’intégrité, mais ce n’est pas parce que le fonctionnaire retire un bénéfice personnel. Cet alinéa est conçu pour empêcher un employé de retirer un tel bénéfice. Lorsque cela ne se produit pas, une sanction pénale n’est pas justifiée.

Cette interprétation est aussi de nature à répondre à un bon nombre des situations présentées par le juge Cory. Lorsque des amis s’offrent mutuellement des repas, il est injuste de dire que l’un d’eux «est avantagé» lorsqu’il accepte un repas en une occasion donnée. Dans une telle situation, l’accusé pourrait soumettre des éléments de preuve indiquant que cela faisait partie d’une relation suivie entre amis qui s’offrent l’un à l’autre périodiquement des repas. Toutefois, lorsqu’un seul des amis est avantagé, la conclusion pourrait être différente. Il incomberait alors au juge des faits de prendre en considération tous les faits ainsi que les circonstances particulières de l’affaire.

À cet égard, il est important d’examiner les liens qui existent entre les parties ainsi que l’étendue du bénéfice. Il est clair que plus les liens sont étroits, moins le cadeau devrait être considéré comme un avantage ou un bénéfice pour la personne qui le reçoit. L’importance du cadeau est aussi un indice crucial. Lorsqu’un cadeau a une valeur négligeable, comme c’est le cas d’une tasse de café, je ne vois pas comment on pourrait considérer qu’il s’agit d’un «bénéfice» réel pour quelqu’un. La situation n’est pas la même lorsque le cadeau est une automobile, une somme importante ou une maison. Dans ces cas, le juge des faits pourrait fort bien conclure que la personne a été avantagée par le cadeau bien au-delà de ce qu’elle a pu donner en retour. En quelques mots, il s’agit d’une question de fait sur laquelle le jury doit se prononcer en se fondant sur l’ensemble de la preuve. Dans la plupart des cas, cette détermination ne devrait pas poser de difficulté. En fait, bien que le cas qui nous occupe concerne l’application possible de l’alinéa en question, l’appelant a été incapable de mentionner une décision où le ministère public a effectivement poursuivi quelqu’un qui avait reçu un béné-

was conferred because of the person's role in government.

In my view, this interpretation removes the possibility that the section will trap trivial and unintended violations. Nevertheless, assuming that situations could still arise which do not warrant a criminal sanction, there might be another method to avoid entering a conviction: the principle of *de minimis non curat lex*, that "the law does not concern itself with trifles". This type of solution to cases where an accused has "technically" violated a *Code* section has been proposed by the Canadian Bar Association, in *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada* (1992), and others: see Professor Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995) at pp. 542-46. I am aware, however, that this principle's potential application as a defence to criminal culpability has not yet been decided by this Court, and would appear to be the subject of some debate in the courts below. Since a resolution of this issue is not strictly necessary to decide this case, I would prefer to leave this issue for another day.

In summary, the *actus reus* of the offence provides adequate safeguards to prevent an overly broad application. This in itself is sufficient to dispose of this appeal. However, as Cory J. discussed the *mens rea* of the offence at length in his reasons, I propose to make some comments on this issue as well.

Mens rea of s. 121(1)(c)

As aforementioned, this offence constitutes a "conduct" crime, and as such, requires that the accused, to be culpable, know of the conduct he or she committed, and have knowledge of the circumstances in which it occurred. As such, in order to prove the offence in s. 121(1)(c), it is necessary for

fice «négligeable». Toutefois, dans les cas où il serait difficile de se prononcer, il ne serait pas pour autant nécessaire de conclure que l'avantage a été conféré en raison du rôle de la personne au sein du gouvernement.

Cette interprétation enlève, selon moi, toute possibilité que l'alinéa vise des violations involontaires et minimales. Néanmoins, en supposant qu'il puisse y avoir encore des cas qui ne justifient pas une sanction pénale, il y a peut-être une autre méthode permettant d'éviter qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée: le principe de *de minimis non curat lex*, soit que «la loi ne s'occupe pas de choses insignifiantes». Cette solution pour les cas où un accusé a, «strictement parlant», violé un article du *Code* a été proposée par l'Association du Barreau canadien, dans *Principes de responsabilité pénale: Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada* (1992), et par d'autres : voir le professeur Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), aux pp. 542 à 546. Je sais, toutefois, que notre Cour ne s'est pas encore prononcée sur l'application éventuelle de ce principe comme moyen de défense permettant de repousser la responsabilité criminelle, et que cette question fait l'objet de certains débats devant les instances inférieures. Comme il n'est pas strictement nécessaire de trancher cette question pour résoudre l'affaire dont nous sommes saisis, il y a lieu de laisser la question en suspens.

En résumé, l'*actus reus* de l'infraction fournit des garanties suffisantes pour prévenir une application trop générale. Cela suffit en soi pour trancher le présent pourvoi. Cependant, puisque le juge Cory a longuement examiné dans ses motifs la question de la *mens rea* requise pour cette infraction, je ferai également quelques commentaires sur cette question.

La mens rea requise par l'al. 121(1)c)

Comme je l'ai mentionné plus haut, cette infraction constitue un crime «lié au comportement» et exige donc, pour que l'accusé soit coupable, qu'il sache ce qu'il a fait et connaisse les circonstances dans lesquelles il a commis l'acte. C'est pourquoi, pour prouver l'infraction prévue à l'al. 121(1)c), le

69

70

71

the Crown to prove the following fault elements. For the purposes of the present case, I will ignore the question of the onus of proving a superior's consent in setting out the necessary requirements, which are:

(a) an employee's conscious decision to accept what in all of the circumstances is found to be a "commission, reward, advantage or benefit of any kind"; and

(b) knowledge (or wilful blindness) at the time of the receipt that the giver was having dealings with the government and that the employee's superior had not consented to his or her receipt of the "commission, reward, advantage or benefit of any kind".

As I stated at the outset, this level of *mens rea* is recognized as a valid form of criminal culpability, and thus there is no need to add any additional components.

72

I do not wish to be misunderstood, however, as suggesting that the motivation behind a particular benefit is a completely irrelevant consideration. On the contrary, it is an important factor in determining the appropriate level of culpability. Where a corrupt intention actually exists on the part of the employee receiving the benefit, it is a factor to consider in determining an appropriate punishment. As Lamer C.J. recognized in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at pp. 645-46:

The effect of s. 213 is to violate the principle that punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender, or as Professor Hart puts it in *Punishment and Responsibility* (1968), at p. 162, the fundamental principle of a morally based system of law that those causing harm intentionally be punished more severely than those causing harm unintentionally. The rationale underlying the principle that subjective foresight of death is required before a person is labelled and punished as a murderer is linked to the more general principle that criminal liability for a particular result is not justified except where the actor possesses a culpable mental state in respect of that result: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, per McIntyre J., and *R. v. Buzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont.

ministère public doit établir les éléments suivants quant à la faute. Aux fins des présentes, je ne tiendrai pas compte, en énonçant les éléments requis, de l'obligation de prouver le consentement d'un supérieur. Les éléments requis sont les suivants:

a) la décision prise sciemment par l'employé d'accepter ce qui en tout état de cause est «une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature»;

b) le fait de savoir (ou d'ignorer volontairement), au moment de l'acceptation, que le donneur avait des relations d'affaires avec le gouvernement et que le supérieur de l'employé n'avait pas consenti à l'acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature».

Comme je l'ai mentionné dès le départ, ce degré de *mens rea* est reconnu comme une forme valide de culpabilité criminelle, et il n'est donc pas nécessaire d'y ajouter d'autres éléments.

Je ne voudrais pas, toutefois, que l'on croit qu'à mon avis, les motifs pour lesquels un bénéfice est conféré n'ont aucune pertinence. Au contraire, il s'agit d'un facteur important pour déterminer le degré de culpabilité. Lorsque l'employé qui accepte un bénéfice a véritablement une intention corrompue, c'est un facteur qu'il y a lieu de prendre en considération pour déterminer la peine appropriée. Comme le juge en chef Lamer l'a reconnu dans *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, aux pp. 645 et 646:

L'article 213 a pour effet de violer le principe que la peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant, ou comme l'a dit le professeur Hart dans *Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 162, le principe fondamental d'un système de droit fondé sur la morale, portant que ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement. La raison d'être sous-jacente du principe qu'il doit y avoir prévision subjective de la mort pour que quelqu'un soit qualifié de meurtrier et puni comme tel, est liée au principe plus général que la responsabilité criminelle à l'égard d'un résultat particulier n'est justifiée que lorsque son auteur a un état d'esprit coupable relativement à ce résultat: voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, le juge McIntyre, et *R. c.*

C.A.), *per* Martin J.A. In my view, in a free and democratic society that values the autonomy and free will of the individual, the stigma and punishment attaching to the most serious of crimes, murder, should be reserved for those who choose to intentionally cause death or who choose to inflict bodily harm that they know is likely to cause death. The essential role of requiring subjective foresight of death in the context of murder is to maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender. [Emphasis added.]

This approach was applied by the Nova Scotia Court of Appeal in sentencing an accused for this very offence in *R. v. Ruddock* (1978), 39 C.C.C. (2d) 65, at p. 72:

In my opinion, there are varying degrees of culpability envisaged by s. 110(c). By that I mean that it seems to me that a Government official who directly demands a commission, etc., from some one who has dealings with the Government on the pretext that unless such commission is forthcoming he will sidetrack such dealings, has committed a more serious breach of the section than say, Mr. Tanguay (*R. v. Tanguay* (1975), 24 C.C.C. (2d) 77) who accepted a colour television set valued at \$305 from a contractor doing business with Central Mortgage and Housing Corporation (of which Mr. Tanguay was assistant director). In his case the Quebec Court of Appeal substituted an absolute discharge for the suspension of sentence ordered by the trial Court.

The decision in *R. v. Tanguay* (1975), 24 C.C.C. (2d) 77 (Que. C.A.), is an excellent example of this point. In that case, no corrupt motive appears to have been alleged by the Crown against the accused; nevertheless, he accepted what was at that time a rather expensive television set from someone with whom he regularly had business dealings. On a comparative scale, however, given the lack of ill motive and relatively small nature of the benefit, an absolute discharge was an appropriate resolution.

Buzzanga and Durocher (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), le juge Martin. À mon avis, dans une société libre et démocratique qui attache de l'importance à l'autonomie et au libre arbitre de l'individu, les stigmates et la peine rattachés au crime le plus grave, le meurtre, devraient être réservés à ceux qui ont choisi de causer intentionnellement la mort ou d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort. L'exigence d'une prévision subjective de la mort dans le contexte d'un meurtre a essentiellement pour rôle de maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du délinquant. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a appliqué cette approche en prononçant la peine d'une personne accusée de cette même infraction dans l'arrêt *R. c. Ruddock* (1978), 39 C.C.C. (2d) 65, à la p. 72:

[TRADUCTION] À mon avis, l'al. 110c) prévoit divers degrés de culpabilité. Je veux dire par là qu'il me semble qu'un fonctionnaire qui exige directement une commission, etc., d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement sous prétexte qu'à moins qu'une telle commission ne lui soit donnée, il fera échouer les transactions, commet une contravention beaucoup plus grave de l'alinéa que, disons, M. Tanguay (*R. c. Tanguay* (1975), 24 C.C.C. (2d) 77), qui a accepté un téléviseur couleur d'une valeur de 305 \$ d'un entrepreneur qui faisait affaires avec la Société centrale d'hypothèques et de logement (dont M. Tanguay était directeur adjoint). Dans son cas, la Cour d'appel du Québec a substitué une absolution inconditionnelle à la condamnation avec sursis prononcée par le tribunal de première instance.

La décision dans l'arrêt *R. c. Tanguay* (1975), 24 C.C.C. (2d) 77 (C.A. Qué.), est un excellent exemple. Dans cette affaire, le ministère public n'avait allégué l'existence d'aucune intention corrompue de la part de l'accusé; néanmoins, ce dernier avait accepté ce qui était, à l'époque, un téléviseur plutôt coûteux d'une personne avec laquelle il avait régulièrement des relations d'affaires. Toutefois, à partir d'une échelle comparative, étant donné l'inexistence d'une intention corrompue et compte tenu de la valeur relativement peu élevée du bénéfice, l'absolution inconditionnelle était une solution appropriée.

75 Clearly, where a government employee actually possessed a corrupt intention in accepting a benefit it will usually merit a higher sentence than the person lacking such a motive. Similarly, persons accepting smaller benefits which are less likely to impact on the actual integrity of the government can be dealt with through the discharge provisions in s. 736 of the *Criminal Code*: Pearson, Annotation to *R. v. Greenwood, supra*.

76 While I feel this is sufficient to satisfy the demands of this case, I wish to briefly address the particular manner in which my colleague has dealt with the fault element of this offence. Although I differed with the manner in which Doherty J.A., in *Greenwood, supra*, defined the *actus reus* of s. 121(1)(c), had I accepted his definition of the physical elements, I would also have agreed with his position regarding the corresponding *mens rea* elements rather than that proposed by Cory J.

77 After a thorough analysis, Doherty J.A., at pp. 252-53, concluded that the crucial question of whether a gift received by a government official constituted a benefit or advantage depended on an objective appraisal of the circumstances:

In considering whether the gift constituted a benefit or advantage, the nature of the gift, the prior relationship if any, between the giver and the recipient, the manner in which the gift was made, the employee's function with the government, the nature of the giver's dealings with the government, the connection, if any, between the employee's job and the giver's dealings, and the state of mind of the giver and the receiver would all have evidentiary significance, as no doubt would other factors which may arise in any given case. [Emphasis added.]

He went on to add that while this conclusion depended, to a certain extent, upon the accused's state of mind, it was solely a matter of determining whether the *actus reus* had been proved (at pp. 253-54):

Il est clair que le fonctionnaire qui a une intention corrompue lorsqu'il accepte un bénéfice méritera habituellement une peine plus sévère que la personne qui n'était pas animée d'un tel dessein. De même, sont applicables les dispositions de l'art. 736 du *Code criminel* relatives à l'absolution pour régler le cas des personnes qui acceptent des bénéfices moins importants et qui sont moins susceptibles d'avoir une incidence sur l'intégrité véritable du gouvernement: Pearson, Annotation to *R. v. Greenwood, loc. cit.*

Même si j'estime que cela suffit pour satisfaire aux exigences de la présente affaire, j'aimerais examiner brièvement la manière particulière dont mon collègue a traité la question de la faute requise par cette infraction. Même si je ne suis pas d'accord avec la manière dont le juge Doherty, dans l'arrêt *Greenwood*, précité, a défini l'*actus reus* requis par l'al. 121(1)c), aurais-je retenu sa définition des éléments matériels, que j'aurais été d'accord avec sa position en ce qui concerne les éléments correspondants de la *mens rea* plutôt qu'avec celle qu'adopte le juge Cory.

Après une analyse minutieuse, le juge Doherty a conclu, aux pp. 252 et 253, que la réponse à la question essentielle de savoir si un cadeau reçu par un fonctionnaire constituait un bénéfice ou un avantage dépendait d'une appréciation objective des circonstances:

[TRADUCTION] Pour déterminer si le cadeau constituait un bénéfice ou un avantage, la nature du cadeau, les relations antérieures, s'il en est, entre le donneur et le destinataire du cadeau, la manière dont le cadeau a été donné, la fonction de l'employé au sein du gouvernement, la nature des relations du donneur avec le gouvernement, le lien, s'il en est, entre le poste de l'employé et les affaires du donneur ainsi que l'état d'esprit du donneur et du destinataire auront tous une valeur probante, comme ce sera indubitablement le cas d'autres facteurs qui peuvent se présenter dans une situation donnée. [Je souligne.]

Il a ajouté que, même si cette conclusion dépendait dans une certaine mesure de l'état d'esprit de l'accusé, il s'agissait simplement de déterminer si l'*actus reus* avait été prouvé (aux pp. 253 et 254):

It must be stressed that in deciding whether the thing given to the employee constitutes a benefit or advantage for the purposes of s. 121(1)(c), one is concerned with an aspect of the conduct requirement (actus reus) of the offence and not with the fault requirement (mens rea). The question is settled by an objective assessment of all of the relevant evidence and not exclusively by reference to the recipient's subjective state of mind. The fact that the employee did or did not regard a gift as a profit by him from his employment is but one factor to be considered in deciding whether the gift amounts to an "advantage or benefit" for the purposes of s. 121(1)(c).

This objective approach to the elements of the conduct requirement is typified by *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, . . . 37 C.C.C. (3d) 97, . . . where McIntyre J., for the court, in defining the conduct requirement for the crime of sexual assault, said at p. 302 (S.C.R.), p. 103 (C.C.C.):

"Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) of the *Criminal Code* which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. *The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one:* "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer?" (*Taylor, supra*, per Laycraft C.J.A., at p. 269). The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant (see S.J. Usprich, "A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault" (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, at p. 204). *The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual.* If the motive of the accused is sexual gratification, to the extent that this may appear from the evidence it may be a factor in determining whether the conduct is sexual. It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances." [Emphasis added by Doherty J.A.]

[TRADUCTION] Il faut souligner que, pour décider si ce qui a été donné à l'employé constitue un bénéfice ou un avantage aux fins de l'al. 121(1)c), il faut s'attarder sur un aspect du comportement requis (actus reus) pour l'infraction et non sur la faute requise (mens rea). Pour trancher cette question, il faut effectuer une analyse objective de tous les éléments de preuve pertinents et ne pas s'en tenir exclusivement à l'état d'esprit subjectif du destinataire. Le fait que l'employé considérait ou non qu'un cadeau constituait pour lui un profit obtenu grâce à son emploi n'est qu'un des facteurs qu'il faut prendre en considération pour déterminer si le cadeau équivaut à «un avantage ou un bénéfice» aux fins de l'al. 121(1)c).

Cette analyse objective des éléments du comportement requis est illustrée dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, [. . .] 37 C.C.C. (3d) 97, [. . .] où le juge McIntyre a dit ce qui suit à la p. 302 (R.C.S.), à la p. 103 (C.C.C.), en définissant le comportement requis dans le cas d'une agression sexuelle:

«L'agression sexuelle est une agression, au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au par. 244(1) du *Code criminel*, qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. *Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif:* «Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?» (*Taylor, précité*, le juge en chef Laycraft, à la p. 269). La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents (voir S.J. Usprich, «A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault» (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, à la p. 204). *L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle.* Si le mobile de l'accusé était de tirer un plaisir sexuel, dans la mesure où cela peut ressortir de la preuve, il peut s'agir d'un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile n'est qu'un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances.» [Les italiques sont du juge Doherty.]

Doherty J.A. felt that once the Crown had proved this element of the *actus reus*, it was unnecessary to go farther and prove that the accused knew exactly why the benefit had been conferred. He rejected the need for a "corrupt" or "dishonest" motive to ground a conviction. He came to this conclusion based on the clear statutory language to this effect, and because of the important purpose behind s. 121(1)(c). Cory J. found this approach unacceptable and found that a corrupt intention needed to be established, despite the explicit absence of such a requirement in the statute. In his view, whenever the mental element of an offence must be established subjectively, each aspect of the *actus reus* requires a corresponding subjective mental awareness.

78 With respect, I prefer the approach of Doherty J.A. in this regard. Several decisions of this Court have established that subjective mental awareness need not attach to every part of the conduct requirement of a particular crime: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167. The analogy to *Chase* in particular is quite appropriate. While the Crown must prove that an actor knew that he had received some form of benefit, it is not necessary to prove as an essential element that the accused knew the benefit was received because of his position in government.

79 I also have some concern with the phraseology that my colleague has adopted with regard to the necessary mental elements of criminal offences. Specifically, he states, in discussing whether an objective or subjective *mens rea* should be adopted for an offence (at para. 106):

In some circumstances the mental element should be assessed on an objective basis. For example, in regulatory offences the mental element of blameworthiness may be assessed objectively. See *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. The same holds true for dangerous driving; see *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867. Similarly *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, dealt with the careless use of a firearm in a charge of man-

Le juge Doherty a exprimé l'avis qu'une fois que le ministère public avait prouvé cet élément de l'*actus reus*, il était inutile d'aller plus loin et de prouver que l'accusé savait exactement pourquoi le bénéfice avait été conféré. Il a rejeté la nécessité d'un dessein de «corruption» ou d'un mobile «malhonnête» pour justifier une déclaration de culpabilité. Il en est arrivé à cette conclusion en raison du libellé clair de la loi et de l'objectif important visé par l'al. 121(1)c). Le juge Cory a conclu qu'une telle interprétation était inacceptable et il a estimé qu'il fallait établir l'existence d'une intention corrompue malgré l'absence explicite d'une telle exigence dans la loi. À son avis, chaque fois que l'élément moral d'une infraction doit être établi subjectivement, chacun des éléments de l'*actus reus* requiert une connaissance subjective correspondante.

En toute déférence, je préfère l'interprétation du juge Doherty à cet égard. Divers arrêts de notre Cour ont établi que la connaissance subjective n'est pas nécessaire pour chacun des éléments du comportement requis pour un crime donné: *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167. L'analogie avec l'arrêt *Chase* est particulièrement appropriée. Bien que le ministère public doive prouver qu'une personne savait qu'elle avait reçu une certaine forme de bénéfice, il n'est pas nécessaire de démontrer, comme élément essentiel, que l'accusé savait que le bénéfice lui avait été accordé en raison du poste qu'il occupait au gouvernement.

Je m'interroge aussi sur la terminologie qu'a utilisée mon collègue en ce qui concerne l'élément mental requis pour les infractions criminelles. Plus particulièrement, en examinant s'il y a lieu d'appliquer la *mens rea* objective ou la *mens rea* subjective en ce qui concerne une infraction, il s'exprime ainsi (au par. 106):

Dans certaines circonstances, l'élément moral devrait être apprécié de façon objective. Par exemple, dans le cas des infractions à la réglementation, l'élément moral du caractère répréhensible peut être apprécié objectivement. Voir *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. Il en va ainsi de la conduite automobile dangereuse; voir *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867. De façon similaire, l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76,

slaughter and the mental element was assessed objectively. The same approach was taken in *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, where the accused was charged with careless storage of a firearm. However, unless the wording of the section creating the crime indicates otherwise or the nature of the crime itself dictates a different approach, then the *mens rea* or blameworthy aspect must be assessed subjectively.

At another point, he cites from Professor Stuart, who in his text *Canadian Criminal Law*, *supra* at p. 194, states:

Where the definition of the crime contains no *mens rea* words, and cannot be interpreted as a crime of objective negligence, it should be interpreted as an offence of subjective *mens rea*. . . .

The only authority to the contrary is the Supreme Court in *DeSousa*, *Creighton* and *Godin* reading in an objective rather than a subjective substantive standard in interpreting crimes relying on so-called predicate offences. This must surely be confined to that special category of offence. The approach of our courts to unlawful act manslaughter has long been objective at a time when the established tradition has been to interpret other Criminal Code offences as requiring the subjective standard.

In my view, both of these excerpts appear to suggest that the *mens rea* of an offence is simply the assessing of the “blameworthy aspect” which is either subjective or objective. I am somewhat uncomfortable with the way Professor Stuart refers to “an offence of subjective *mens rea*”, suggesting that an offence must be either subjective or objective with no possible middle ground. In fact, quite often the *mens rea* of an offence will be comprised of both objective and subjective elements. This has been recognized by this Court on more than one occasion: *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*; *Lohnes*, *supra*. In order to avoid confusion, I prefer to clearly state that the *mens rea* of a particular offence is composed of the totality of its component fault elements. The mere fact that most criminal offences require some subjective component does not mean that every element of the

concernait l'utilisation imprudente d'une arme à feu, relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable, et l'élément moral a été apprécié objectivement. Notre Cour a suivi la même démarche dans *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, où le prévenu était accusé d'avoir entreposé une arme à feu d'une manière négligente. Toutefois, à moins que le libellé de la disposition créant l'infraction n'indique autre chose ou que la nature de l'infraction elle-même ne dicte une démarche différente, la *mens rea* ou l'aspect répréhensible doit être apprécié subjectivement.

Il cite par ailleurs le professeur Stuart qui, dans son ouvrage intitulé *Canadian Criminal Law*, *op. cit.* dit à la p. 194:

[TRADUCTION] Lorsque la définition du crime ne comporte aucun mot se rapportant à la *mens rea*, et qu'on ne peut l'interpréter comme étant un crime de négligence objective, il devrait être interprété comme une infraction de *mens rea* subjective . . .

Les seules décisions dans le sens contraire sont les arrêts de la Cour suprême *DeSousa*, *Creighton* et *Godin* qui ont introduit une norme fondamentale objective, plutôt que subjective, dans l'interprétation de crimes, en se fondant sur des infractions dites sous-jacentes. Cela doit sûrement être limité à cette catégorie particulière d'infractions. L'approche de nos tribunaux envers l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal a longtemps été objective à une époque où la tradition reçue consistait à interpréter d'autres infractions au Code criminel comme exigeant la norme subjective.

À mon sens, ces deux extraits semblent suggérer que la *mens rea* d'une infraction est simplement l'appréciation de l'«aspect répréhensible» lequel est soit subjectif soit objectif. Je ne suis pas tout à fait confortable avec la façon dont le professeur Stuart traite d'«une infraction de *mens rea* subjective» semblant indiquer qu'une infraction doit être soit subjective soit objective, sans moyen terme. En fait, la *mens rea* d'une infraction comportera très souvent à la fois un élément objectif et un élément subjectif. C'est ce qu'a reconnu notre Cour à plusieurs reprises: *Nova Scotia Pharmaceutical Society* et *Lohnes*, précités. Pour éviter toute confusion, je préfère dire clairement que la *mens rea* d'une infraction donnée se compose de l'ensemble de ses divers éléments de faute. Le simple fait que la plupart des infractions criminelles exigent un certain élément subjectif ne signifie pas que cha-

offence requires such a state of mind. See also Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 55.

81 I also disagree with the statement of Professor Stuart which would appear to confine objective fault standards to offences which have such a component specifically written into the statute, or to so-called “predicate offences” like unlawful act manslaughter. This approach is simply not consistent with the way in which this Court has defined standards of fault. One good example is the unanimous decision of *Lohnes, supra*. On that occasion, this Court read an objective fault element into the offence of “causing a disturbance” under s. 175(1)(a). The section reads as follows:

175. (1) Every one who

(a) not being in a dwelling-house, causes a disturbance in or near a public place,

(i) by fighting, screaming, shouting, swearing, singing or using insulting or obscene language,

. . . .

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

82 Much like the scenario I suggested above, this offence actually possesses both a subjective and an objective fault element. In order to be convicted, an accused must first subjectively intend to cause the underlying act which leads to the disturbance, i.e. fighting, swearing, etc. Once that occurs, the remaining element is determined on an objective standard. Whether the accused intended a disturbance to result or not is of no consequence. As McLachlin J. wrote (at p. 182), what is necessary for a finding of guilt is that “the disturbance must be one which may reasonably have been foreseen in the particular circumstances of time and place”.

cun des éléments de l’infraction exige un tel état d’esprit. Voir aussi Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991), à la p. 55.

Je ne suis pas non plus d’accord avec l’énoncé du professeur Stuart, qui semblerait restreindre l’existence de normes objectives en matière de faute aux infractions pour lesquelles la présence d’un tel élément est expressément prévue dans la loi, ou aux infractions dites sous-jacentes comme l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal. Cette approche n’est tout simplement pas compatible avec la façon dont notre Cour a défini les normes de faute. Un bon exemple à cet égard est la décision unanime rendue dans *Lohnes*, précité. À cette occasion, notre Cour a considéré que l’infraction consistant à «faire du tapage» prévue à l’al. 175(1)a comportait un élément objectif quant à la faute. Cet alinéa prévoit ce qui suit:

175. (1) Est coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire qui-conque, selon le cas:

a) n’étant pas dans une maison d’habitation, fait du tapage dans un endroit public ou près d’un tel endroit:

(i) soit en se battant, en criant, vociférant, jurant, chantant ou employant un langage insultant ou obscène . . .

Comme dans le scénario que je propose ci-dessus, cette infraction comporte en réalité un élément de faute subjectif et un élément de faute objectif. Pour être déclaré coupable, l’accusé doit tout d’abord avoir subjectivement l’intention de commettre l’acte sous-jacent qui entraîne du tapage, c.-à-d. se battre, jurer, etc. Une fois que cela se produit, le second élément est déterminé en fonction d’une norme objective. Il importe peu de savoir si l’accusé a eu l’intention ou non de causer du désordre. Comme l’a écrit le juge McLachlin (à la p. 182), pour qu’il soit possible de conclure à la culpabilité, «le désordre doit avoir été raisonnablement prévisible dans les circonstances particulières du moment et du lieu».

I believe *Lohnes* is quite instructive in this regard. Nevertheless, I feel it is wise to refrain from making bold pronouncements on the question of which crimes can legitimately possess objective fault elements; see *Martineau, supra*, at p. 682 per Sopinka J. In my view, this will often depend on the wording of a particular section as well as its legislative purpose and context. Many of the issues raised by Cory J. have not been firmly decided by this Court and I feel it should be left to an appropriate case to resolve them.

Disposition

I would allow the appellant's appeal. Therefore, the judgment of the Court of Appeal must be set aside, and a new trial ordered. The charge to the jury on s. 121(1)(c) should be in accord with these reasons.

The reasons of Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

CORY J. — At issue on this appeal is the interpretation and application of s. 121(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. That section makes it an offence for an official or employee of the government to accept from a person who has dealings with the government a benefit of any kind directly or indirectly, by himself or through a member of his family, unless he has the consent in writing of the head of the branch of government that employs him.

Factual Background

The appellant Morgan Hinchey was employed as a district engineer by the Department of Transportation for the Province of Newfoundland. Beothuck Crushing and Paving Limited is a construction company engaged in the construction of roads for the Province and various municipalities. During the summer and fall of 1984, James Wall, the General Manager and one of the owners of Beothuck, placed Barbara Hinchey, the wife of the appellant, on the payroll of the company as a

Je crois que l'arrêt *Lohnes* est très utile à cet égard. J'estime néanmoins qu'il est sage de s'abstenir de faire des déclarations dénuées de nuances sur la question de savoir quels crimes peuvent légitimement comporter des éléments de faute objectifs; voir *Martineau*, précité, à la p. 682, le juge Sopinka. À mon avis, cela dépendra souvent du libellé de l'article en cause ainsi que de son objet et du contexte législatif. Plusieurs des questions soulevées par le juge Cory n'ont pas été tranchées définitivement par notre Cour et j'estime qu'elles devraient être tranchées dans un cas approprié.

Dispositif

J'accueillerais le pourvoi de l'appelant. En conséquence, le jugement de la Cour d'appel doit être infirmé et la tenue d'un nouveau procès ordonnée. Les directives au jury sur l'al. 121(1)(c) devront respecter les présents motifs.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi soulève la question de l'interprétation et de l'application de l'al. 121(1)(c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Selon cet alinéa, commet une infraction le fonctionnaire ou employé du gouvernement qui accepte d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, de lui-même ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement qui l'emploie un consentement écrit.

Les faits

L'appelant Morgan Hinchey était employé par le ministère des Transports de Terre-Neuve à titre d'ingénieur de district. Beothuck Crushing and Paving Limited est une compagnie qui construit des routes pour le compte de la province et de diverses municipalités. Au cours de l'été et de l'automne 1984, James Wall, directeur général et un des propriétaires de Beothuck, a placé Barbara Hinchey, l'épouse de l'appelant, sur la liste de paye de la compagnie comme signaleur en attente.

83

84

85

86

standby flag person. Barbara Hinchey was never asked to do any work by Beothuck yet she received payments from the company in the amount of some \$7,400. Beothuck also provided Barbara Hinchey with a record of employment confirming that she had been employed for 20 weeks as a flag person from July 30, 1984 to December 14, 1984, thereby qualifying for unemployment insurance benefits. She made an application for unemployment insurance benefits based upon the employment record and received \$11,100.

87 The appellant, as district engineer of the Department of Transportation, had a great deal of experience in the construction industry. He was in charge of overseeing the construction of roads for the Province and municipal authorities within the Province. In that position he frequently dealt with James Wall acting on behalf of Beothuck which was principally engaged in road construction work. The appellant had the authority to direct, suspend and generally supervise the work done by Beothuck. Prior to the time James Wall offered to put the appellant's wife on the payroll of Beothuck he and the appellant had business dealings but they were neither close friends nor did they have a social relationship.

88 The appellant was aware that his wife received cheques for 20 weeks from Beothuck and yet had not been called upon to work during that period. He was aware that standby flag persons did not usually get paid when they were not working; that Beothuck was laying off people doing flag work in September and October; and that despite this practice his wife had remained on the payroll without working. He was aware that the cheques payable to Barbara Hinchey were put in a special envelope and delivered to himself or his wife. He knew that he had not sought or obtained the consent of his employer to the receipt of any benefit. When the RCMP were investigating the situation, the appellant falsely told them that his wife had been working for Beothuck on a fox farm. He met with James Wall and obtained his agreement that he would confirm the fox farm story if questioned by

Les services de Barbara Hinchey n'ont jamais été requis par Beothuck, bien qu'elle ait reçu la somme de 7 400 \$ de la compagnie. Barbara Hinchey a aussi reçu de Beothuck un relevé d'emploi confirmant qu'elle avait travaillé pendant 20 semaines à titre de signaleur, du 30 juillet 1984 au 14 décembre 1984, lui donnant ainsi droit aux prestations d'assurance-chômage. Elle a présenté une demande de prestations d'assurance-chômage fondée sur le relevé d'emploi et elle a reçu 11 100 \$.

L'appellant, ingénieur de district au ministère des Transports, avait une grande expérience de l'industrie de la construction. Il supervisait la construction de routes pour la province et des municipalités de la province. À ce titre, il avait souvent à traiter avec James Wall, qui représentait Beothuck, dont la principale activité était la construction de routes. L'appellant avait le pouvoir de diriger, de suspendre et, de façon générale, de superviser le travail exécuté par Beothuck. Avant que James Wall offre de placer l'épouse de l'appellant sur la liste de paye de Beothuck, ce dernier et l'appellant avaient des relations d'affaires, mais n'étaient ni amis intimes ni membres des mêmes cercles sociaux.

L'appellant était au courant que son épouse avait reçu des chèques de Beothuck pendant 20 semaines même si elle n'avait pas été appelée au travail pendant cette période. Il savait que les signaleurs en attente n'étaient généralement pas payés lorsqu'ils ne travaillaient pas, que Beothuck mettait à pied en septembre et en octobre des personnes qui faisaient le travail de signaleur et que, en dépit de cela, sa femme était restée sur la liste de paye sans travailler. Il était au courant que les chèques libellés au nom de Barbara Hinchey étaient mis dans une enveloppe spéciale et remis à lui-même ou à son épouse. Il savait qu'il n'avait ni demandé ni obtenu le consentement de son employeur quant à l'acceptation d'un bénéfice. Lors de l'enquête de la GRC, l'appellant a faussement affirmé que sa femme avait travaillé pour Beothuck sur une ferme d'élevage de renards. Il a

the police. He also convinced his wife to present the same story.

The appellant and his wife were charged with two counts of fraud (counts 1 and 3) and the appellant with a breach of s. 121(1)(c) of the *Criminal Code* (count 2). They were convicted on all three charges following a trial by jury. The Court of Appeal for Newfoundland unanimously allowed their appeal against the two fraud convictions and a new trial was directed on those counts: (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 222, 382 A.P.R. 222. The Court, however, dismissed the appeal against the appellant's conviction for breach of s. 121(1)(c). Leave was granted to the appellant by this Court to appeal his conviction under that section: [1995] 1 S.C.R. viii.

Court of Appeal

In dismissing the appeal from the s. 121(1)(c) conviction, Gushue J.A. (with whom Marshall and Steele J.J.A. concurred) wrote (at p. 226):

While at least some of the errors made by the trial judge in his charge could apply also to count No. 2, there can be no doubt that the requisite elements of that offence were proven. Indeed, it is not denied by Morgan Hinchey that he, as an official or employee of Government, directly accepted or agreed to accept rewards, advantages or benefits from Beothuck, and/or indirectly through Barbara Hinchey. Further, it was established that this was done without the consent in writing of the appropriate Government official or officials. As to the mental element, it was necessary for the Crown to prove only that Morgan Hinchey intended to cause the above external circumstances of the offence. The onus was on him to prove otherwise and this was not done.

Gushue J.A. was of the view that even if any of the trial judge's errors of law were relevant to count No. 2, the provisions of s. 686(1)(b)(iii) would apply because there was no substantial

rencontré James Wall et a obtenu de lui qu'il confirmerait son histoire d'élevage de renards s'il était interrogé par la police. Il a aussi convaincu son épouse de raconter la même chose.

L'appelant et son épouse ont fait l'objet de deux chefs d'accusation de fraude (chefs n° 1 et n° 3) et l'appelant a été accusé d'avoir violé l'al. 121(1)(c) du *Code criminel* (chef n° 2). Ils ont été déclarés coupables des trois chefs d'accusation à l'issue d'un procès avec jury. La Cour d'appel de Terre-Neuve a accueilli leur appel à l'unanimité quant aux déclarations de culpabilité pour fraude et a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur ces chefs d'accusation: (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 222, 382 A.P.R. 222. Elle a cependant rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'appelant pour violation de l'al. 121(1)(c). Notre Cour a accordé à l'appelant l'autorisation de se pourvoir contre la déclaration de culpabilité prononcée relativement à cet alinéa: [1995] 1 R.C.S. viii.

La Cour d'appel

Rejetant l'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'al. 121(1)(c), le juge Gushue (avec l'appui des juges Marshall et Steele) a écrit, à la p. 226:

[TRADUCTION] Bien qu'au moins certaines erreurs commises par le juge du procès dans son exposé au juré puissent aussi s'appliquer au chef d'accusation n° 2, il ne fait aucun doute que les éléments constitutifs de cette infraction ont été prouvés. En fait, Morgan Hinchey n'a pas nié avoir accepté directement, comme fonctionnaire, ou avoir convenu d'accepter des récompenses, des avantages ou des bénéfices de la part de Beothuck, ou l'avoir fait indirectement par l'intermédiaire de Barbara Hinchey. De plus, il a été établi que cela a été fait sans le consentement écrit du fonctionnaire ou des fonctionnaires compétents. Quant à l'élément moral, le ministère public devait seulement établir que Morgan Hinchey avait voulu les circonstances externes décrites ci-dessus relativement à l'infraction. Il avait la charge de prouver qu'il n'avait pas eu cette intention, ce qu'il n'a pas fait.

Le juge Gushue était d'avis que, même si l'une ou l'autre des erreurs de droit commises par le juge du procès avait trait au chef d'accusation n° 2, le sous-al. 686(1)(b)(iii) s'appliquerait parce qu'aucun

89

90

91

wrong or miscarriage of justice in the registering of this particular conviction. I would observe that although the reference to the onus resting on the accused may be in error it has no effect on the outcome since it was established that the appellant knew he did not have his employer's consent to receive a benefit.

92

The Court of Appeal found a number of errors made by the trial judge with respect to counts 1 and 3. One error involved the failure of the trial judge to refer to the defence's character evidence in his charge to the jury and to direct the jury as to how they should consider that evidence. Gushue J.A. went on to express the view that the impact of his failure to do so on count 2 was "negligible".

93

The Relevant Section of the Code

121. (1) Every one commits an offence who

(a) directly or indirectly

(i) gives, offers or agrees to give or offer to an official or to any member of his family, or to any one for the benefit of an official, or

(ii) being an official, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person for himself or another person,

a loan, reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(iii) the transaction of business with or any matter of business relating to the government, or

(iv) a claim against Her Majesty or any benefit that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow,

whether or not, in fact, the official is able to cooperate, render assistance, exercise influence or do or omit to do what is proposed, as the case may be;

(b) having dealings of any kind with the government, pays a commission or reward to or confers an advantage

tort important ou erreur judiciaire grave ne s'était produit quant à l'inscription de cette déclaration de culpabilité. Je ferais observer que bien que la remarque relative à la charge de la preuve incombant à l'accusé puisse constituer une erreur, elle n'a aucun effet sur la conclusion, étant donné qu'il a été établi que l'appelant savait qu'il n'avait pas le consentement de son employeur pour recevoir un bénéfice.

La Cour d'appel a décelé de nombreuses erreurs commises par le juge du procès en ce qui concerne les chefs d'accusation nos 1 et 3. L'une d'elles est constituée par l'omission du juge du procès de mentionner dans son exposé au jury la preuve de moralité présentée par la défense et de lui donner des directives sur la façon de l'apprécier. Le juge Gushue s'est ensuite dit d'avis que l'incidence de cette omission pour ce qui est du chef d'accusation n° 2 était [TRADUCTION] «négligeable».

Les dispositions pertinentes du Code

121. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) directement ou indirectement:

(i) soit donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à un fonctionnaire ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit d'un fonctionnaire,

(ii) soit, étant fonctionnaire, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter de quelqu'un, pour lui-même ou pour une autre personne,

un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature que ce soit en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou omission concernant:

(iii) soit la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement,

(iv) soit une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l'autorité ou le droit d'accorder,

que, de fait, le fonctionnaire soit en mesure ou non de collaborer, d'aider, d'exercer une influence ou de faire ou omettre ce qui est projeté, selon le cas;

b) traitant d'affaires avec le gouvernement, paye une commission ou récompense ou confère un avantage

tage or benefit of any kind on an employee or official of the government with which he deals, or to any member of his family, or to any one for the benefit of the employee or official, with respect to those dealings, unless he has the consent in writing of the head of the branch of government with which he deals, the proof of which lies on him;

(c) being an official or employee of the government, demands, accepts or offers or agrees to accept from a person who has dealings with the government a commission, reward, advantage or benefit of any kind directly or indirectly, by himself or through a member of his family or through any one for his benefit, unless he has the consent in writing of the head of the branch of government that employs him or of which he is an official, the proof of which lies on him;

(d) having or pretending to have influence with the government or with a minister of the government or an official, demands, accepts or offers or agrees to accept for himself or another person a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(i) anything mentioned in subparagraph (a)(iii) or (iv), or

(ii) the appointment of any person, including himself, to an office;

(e) gives, offers or agrees to give or offer to a minister of the government or an official a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(i) anything mentioned in subparagraph (a)(iii) or (iv), or

(ii) the appointment of any person, including himself, to an office; or

(f) having made a tender to obtain a contract with the government

(i) gives, offers or agrees to give or offer to another person who has made a tender or to a member of his family, or to another person for the benefit of that person, a reward, advantage or benefit of any

ou un bénéfice de quelque nature à un employé ou fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite, ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit de l'employé ou du fonctionnaire, à l'égard de ces relations d'affaires, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement avec laquelle il traite, un consentement écrit dont la preuve lui incombe;

c) étant fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, par lui-même ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille ou de toute personne à son profit, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement qui l'emploie ou dont il est fonctionnaire, un consentement écrit dont la preuve lui incombe;

d) ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement ou d'un ministre du gouvernement, ou d'un fonctionnaire, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter pour lui-même ou pour une autre personne une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant:

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d'une personne, y compris lui-même, à une charge;

e) donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à un ministre du gouvernement ou à un fonctionnaire, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant:

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d'une personne, y compris lui-même, à une charge;

f) ayant présenté une soumission en vue d'obtenir un contrat avec le gouvernement:

(i) ou bien donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à une autre personne qui a présenté une soumission, ou à un membre de sa famille, ou à une autre personne à son profit, une récompense, un

kind as consideration for the withdrawal of the tender of that person, or

(ii) demands, accepts or offers or agrees to accept from another person who has made a tender a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for the withdrawal of his tender. [Emphasis added.]

The Importance of s. 121(1)(c)

94

There can be no doubt of the importance and significance of this section. It is designed to ensure the integrity and trustworthiness of officials and employees of the government. Federal, provincial and municipal governments carry on business on a very large scale. The magnitude and the quantity of contracts which governments enter into is of such an extent that it is extremely significant not only to the business community but to all Canadians. This is not an adverse comment on the actions of government but rather a reflection of the reality of today's society. The magnitude and importance of government business requires not only the complete integrity of government employees and officers conducting government business but also that this integrity and trustworthiness be readily apparent to society as a whole. Should government contracts be awarded on the basis of benefits paid to government employees rather than merit and cost this will weaken and tear the very fabric of both government and society. If government contracts can be bought by benefits paid to government employees the entire civil service becomes suspect and is dishonoured. The fundamental importance of the subsection must be apparent to all. Its aim is to ensure the integrity of government employees. This vitally important aim and purpose should be taken into consideration in the interpretation and application of the section.

Constituent Elements of s. 121(1)(c)

95

Section 121(1)(c), like all crimes, requires proof of an act or a failure to act known as the *actus reus* coupled with an element of fault or blameworthy-

avantage ou un bénéfice de quelque nature en considération du retrait de la soumission de cette personne,

(ii) ou bien exige, accepte ou offre ou convient d'accepter, d'une autre personne qui a présenté une soumission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en considération du retrait de sa soumission. [Je souligne.]

L'importance de l'al. 121(1)(c)

Il ne peut y avoir aucun doute quant à l'importance et à la portée de cet alinéa. Il est conçu pour garantir l'intégrité et la fiabilité des fonctionnaires. Les gouvernements fédéral, provinciaux et municipaux exercent leurs activités sur une très grande échelle. L'ampleur et le nombre des marchés auxquels les gouvernements sont parties sont tels que leur incidence est extrêmement importante non seulement pour le monde des affaires, mais aussi pour l'ensemble de la population. Il ne s'agit pas là d'une critique des actions des gouvernements, mais plutôt d'une constatation de la réalité de la société actuelle. L'ampleur et l'importance des activités gouvernementales nécessitent non seulement une intégrité sans faille de la part de ses employés et dirigeants, mais aussi que cette intégrité et cette fiabilité soient évidentes aux yeux de toute la société. Si les marchés gouvernementaux étaient conclus en fonction des bénéfices accordés aux fonctionnaires plutôt qu'en fonction de leurs avantages propres et de leurs coûts, c'est la structure même des gouvernements et de la société qui serait minée. S'il est possible d'obtenir des marchés des gouvernements en accordant des bénéfices à leurs employés, toute la fonction publique devient suspecte et est déshonorée. L'importance fondamentale de cet alinéa doit apparaître à tous. Il a pour but de garantir l'intégrité des fonctionnaires. L'interprétation et l'application de l'alinéa doivent prendre en considération l'importance vitale de ce but.

Les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'al. 121(1)(c)

L'alinéa 121(1)(c), comme toutes les dispositions énonçant une infraction, exige la preuve d'un acte ou d'une omission, désigné par le terme *actus reus*,

ness referred to as the *mens rea*. Before considering the acts which form an integral part of the crime and the element of blameworthiness, it is necessary to consider the possible scope or breadth of application of the section. The section makes it an offence for an employee to accept or agree to accept from a person who has dealings with the government a commission, reward, advantage or benefit of any kind directly or indirectly, by himself or through a member of his family, unless he has the consent in writing of the government that employs him. Thus if a government employee accepts, on a rainy day, a ride downtown from a friend who does business with the government he has received a benefit. That could hold true as well for the cup of coffee or occasional lunch bought by the friend for the government employee. Obviously the section was never designed to include in its prohibition these very minor benefits. Nor should it apply to the exchange of those lunches and dinners that has long been a pattern of behaviour between old friends. However, benefits on a larger scale might well warrant closer scrutiny and require the obtaining of permission from the government employing the official. A reasonable balance must be struck that recognizes both the great dangers involved in paying benefits to government employees and the normal exchange of minor favours between friends.

It will be remembered that the Newfoundland Court of Appeal determined that the blameworthiness aspect or mental element of the offence was satisfied if the Crown established that the accused:

- (I) knowing that he was an official or employee of the government;
- (II) directly or indirectly accepted a reward, advantage or benefit
- (III) from a person whom he knew had dealings with the government and

auquel est rattaché un élément de faute ou de caractère répréhensible, désigné par le terme *mens rea*. Avant d'examiner les actes qui font partie intégrante de l'infraction et l'élément du caractère répréhensible, il est nécessaire d'apprécier la portée possible de cet alinéa, selon lequel, commet une infraction l'employé qui accepte ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, de lui-même ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille, à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du gouvernement qui l'emploie. Par conséquent, si un fonctionnaire accepte, un jour pluvieux, de se rendre en ville à bord de la voiture d'un ami qui a des relations d'affaires avec le gouvernement, il a reçu un bénéfice. Cela pourrait être vrai aussi de la tasse de café ou du déjeuner qu'un ami offre à l'occasion à un fonctionnaire. Il est évident que l'alinéa n'a pas du tout été conçu pour inclure dans son interdiction ces bénéfices infimes. Il ne devrait pas non plus s'appliquer à ces échanges de déjeuners et de dîners qui font partie depuis longtemps des relations entre vieux amis. Cependant, les bénéfices se situant sur une plus grande échelle peuvent très bien justifier un examen plus attentif et nécessiter que l'on obtienne une permission du gouvernement qui emploie le fonctionnaire. Il faut rechercher un équilibre raisonnable qui tienne compte à la fois des grands dangers que comporte la remise de bénéfices à des fonctionnaires et des échanges normaux de menus services entre amis.

On se souviendra que la Cour d'appel de Terre-Neuve a déterminé que l'aspect répréhensible ou l'élément moral de l'infraction est prouvé si le ministère public établit que l'accusé:

- (I) sachant qu'il est un fonctionnaire ou employé du gouvernement;
- (II) directement ou indirectement accepte une récompense, un avantage ou un bénéfice;
- (III) d'une personne dont il connaît les relations d'affaires avec le gouvernement;

(IV) knew that he did not have the consent of his superior to receive that reward, advantage or benefit.

This was the manner in which the trial judge instructed the jury with regard to the section. It is the position of the appellant that this approach was improper and establishes an inadequate basis for the mental element of blameworthiness.

97

The same section was considered by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235. In his careful reasons Doherty J.A. found that the purpose of the section was to preserve both the integrity of the public service and the appearance of integrity of the public service. He recognized that this aspect of the section had been repeatedly recognized in cases such as *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *R. v. Giguère*, [1983] 2 S.C.R. 448; *R. v. Sinasac* (1977), 35 C.C.C. (2d) 81 (Ont. C.A.). He stressed that it was important to bear in mind that the underlying purpose in defining the boundaries of the section was to ensure that it did not encompass conduct of the accused which no reasonable member of the community would regard as blameworthy. In this regard he stated (at p. 251):

The need to preserve the appearance of integrity within the public service requires that the words "advantage or benefit" include all gifts which can potentially compromise that appearance of integrity.

While the purpose of s. 121(1)(c) is an important one, its potentially wide application, given the far-flung business activities of modern government and the numbers of people engaged in performing those activities, requires that one must also recognize the limits of that purpose. The section is not intended to make government employees social pariahs who cannot, without the consent of their superior, engage in the routine familial and social relationships which constitute an integral part of our society.

He noted that appropriate limits on interpretation of the section could be effected by restricting the meaning of the constituent elements of the offence or by reading into it a *mens rea* requirement which

(IV) sachant qu'il n'a pas le consentement de son supérieur pour accepter cette récompense, cet avantage ou ce bénéfice.

C'est ce qu'a dit le juge du procès dans ses directives au jury en ce qui concerne cet alinéa. L'appellant avance que cette interprétation est incorrecte et qu'elle établit un fondement erroné quant à l'établissement de l'élément moral du caractère répréhensible.

La Cour d'appel de l'Ontario s'est aussi penchée sur cet alinéa dans l'arrêt *R. c. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235. Dans ses motifs soigneusement rédigés, le juge Doherty a conclu que l'alinéa avait pour objet de protéger à la fois l'intégrité et l'apparence d'intégrité de la fonction publique. Il a affirmé que cet aspect de l'alinéa avait été établi à de nombreuses reprises par des arrêts comme *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *R. c. Giguère*, [1983] 2 R.C.S. 448; *R. c. Sinasac* (1977), 35 C.C.C. (2d) 81 (C.A. Ont.). Il a souligné l'importance de garder à l'esprit que le but sous-jacent de la définition des limites de l'alinéa était de garantir que sa portée ne s'étendait pas aux actes d'un accusé qu'aucun membre raisonnable de la collectivité ne considérerait répréhensible. À ce sujet, il a affirmé (à la p. 251):

[TRADUCTION] La nécessité de préserver l'apparence d'intégrité au sein de la fonction publique exige que les mots «avantage ou bénéfice» visent tous les cadeaux qui peuvent éventuellement compromettre cette apparence d'intégrité.

Bien que l'objet de l'al. 121(1)c) soit important, sa portée éventuellement considérable, étant donné la diversité des activités des gouvernements modernes et le nombre de personnes s'employant à les exécuter, nécessite qu'on reconnaisse les limites de cet objet. L'alinéa n'est pas conçu pour faire des fonctionnaires des parias qui ne peuvent, sans le consentement de leur supérieur, s'adonner aux activités familiales et sociales habituelles qui font partie intégrante de notre société.

Il a fait remarquer qu'on pouvait fixer des limites appropriées à l'application de l'alinéa en restreignant le sens des éléments constitutifs de l'infraction ou en introduisant une exigence implicite de

ensures that only morally blameworthy activity comes within its purview.

Doherty J.A. pointed out that s. 121(1)(c) differed from the other subsections of that section in that s. 121(1)(a), (b), (d), (e) and (f) make it a crime to offer or receive an advantage in consideration for or in relation to the giver's dealings with the government. Thus he determined that the scope of criminal liability must be wider in s. 121(1)(c) and that the fault requirement for that subsection was different from the others.

He identified the *actus reus* of the offence to be (at p. 247):

- (a) the giving of a "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a person "having dealings with the government";
- (b) the receipt of that "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a government employee; and
- (c) the absence of the consent of the government employee's superior to the receipt of the "commission, reward, advantage or benefit of any kind".

In his view the meaning of the expression "commission, reward, advantage or benefit of any kind" included gifts consisting of something of value which constituted a profit to the employee derived, at least in part, from the employee's relation to the government. He concluded that unless this definition was met, the giving of something of value was not such a commission, reward, advantage or benefit but a gift, and the conduct would not come within the scope of s. 121(1)(c).

As for the mental element or fault aspect he found (at pp. 262-63) that it could be found in:

mens rea qui garantisse que seules les activités moralement répréhensibles tombent dans son champ d'application.

Le juge Doherty a fait remarquer que l'al. 121(1)(c) diffère des autres alinéas de cet article en ce que les al. 121(1)(a), (b), (d), (e) et (f) prescrivent que constitue une infraction le fait d'offrir ou de recevoir un avantage en contrepartie des relations d'affaires du donneur avec le gouvernement ou relativement à celles-ci. Il en a donc conclu que l'étendue de la responsabilité criminelle doit être plus grande en ce qui concerne l'al. 121(1)(c) et que l'exigence en matière de faute qui s'y rapporte est différente de celle des autres alinéas.

Il a défini l'*actus reus* de l'infraction de la façon suivante (à la p. 247):

[TRADUCTION]

- a) le don d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par une personne qui a des «relations d'affaires avec le gouvernement»;
- b) l'acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par un fonctionnaire;
- c) l'absence de consentement du supérieur du fonctionnaire à l'acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature».

À son avis, le sens de l'expression «une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» comprend les cadeaux ayant de la valeur et constituant un bénéfice, que l'employé tire, du moins en partie, de sa situation au gouvernement. Il a conclu qu'en dehors de cette définition, le don de quelque chose ayant de la valeur n'est pas une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice, mais un cadeau, et que cette conduite n'est pas assujettie à l'al. 121(1)(c).

Quant à l'élément moral ou à l'aspect de faute, il a conclu, aux pp. 262 et 263, qu'il pouvait être tiré de:

98

99

100

101

- (a) an employee's conscious decision to accept what in all the circumstances is found to be a "commission, reward, advantage or benefit of any kind"; and
- (b) knowledge (or wilful blindness) at the time of the receipt that the giver had dealings with the government and that the employee's superior had not consented to his or her receipt of the "commission, reward, advantage or benefit of any kind".

102 I am in general agreement with the reasoning of Doherty J.A. as to the *actus reus* of the offence but I would, with respect, differ as to the mental element or blameworthy requirement.

The Requirement of a Mental Element and the Nature of that Mental Element Required for s. 121(1)(c)

103 Section 121(1)(c) does not set out the mental element which is required for this crime. In those circumstances, before the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the mental element of blameworthiness had to be read into the section. See *R. v. Sault Ste. Marie (City)*, [1978] 2 S.C.R. 1299.

104 With the passage of the *Charter* it was apparent that s. 7 of the *Charter* requires that every crime include a mental element of fault. See for example *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. The mental element is an essential factor of every offence. No matter how important s. 121(1)(c) may be to ensuring the maintenance of high standards of public servants our criminal law requires that the requisite *mens rea* be established. Every individual accused of a crime is entitled to no less.

105 Depending on the wording and the provisions of the particular section and the context in which it appears the constitutional requirement of *mens rea* or blameworthiness may be satisfied in different ways. A criminal offence will usually require proof

[TRANSLATION]

- a) la décision prise sciemment par l'employé d'accepter ce qui en tout état de cause est «une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature»;
- b) la connaissance (ou l'ignorance volontaire), au moment de l'acceptation, que le donneur avait des relations d'affaires avec le gouvernement et que le supérieur de l'employé n'avait pas consenti à l'acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature».

Je suis d'accord de façon générale avec le raisonnement du juge Doherty quant à l'*actus reus* de l'infraction, mais, en toute déférence, je diffère d'opinion quant à l'élément moral ou à l'exigence d'un caractère répréhensible.

L'exigence d'un élément moral et la nature de l'élément moral exigé relativement à l'al. 121(1)c

L'alinéa 121(1)c ne précise pas quel est l'élément moral requis relativement à cette infraction. Dans de telles circonstances, l'élément moral du caractère répréhensible devait, avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, être considéré comme étant contenu dans le libellé de la disposition; voir *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

Depuis l'adoption de la *Charte*, il est évident que l'art. 7 exige que toute infraction criminelle comprenne un élément moral de faute. Voir par exemple: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. L'élément moral est un facteur essentiel de toute infraction. Quelle que puisse être l'importance de l'al. 121(1)c pour assurer le maintien de normes élevées chez les fonctionnaires, notre droit criminel exige que la *mens rea* requise soit établie. Tout individu accusé d'un crime a droit à au moins cela.

Selon le libellé et les dispositions du texte de loi particulier et le contexte dans lequel il est invoqué, il peut être satisfait de différentes façons à l'exigence constitutionnelle de *mens rea* ou d'un caractère répréhensible. Une infraction criminelle

of a positive state of mind such as intent which can be inferred from the acts and words of the accused or by his recklessness or wilful blindness.

In some circumstances the mental element should be assessed on an objective basis. For example, in regulatory offences the mental element of blameworthiness may be assessed objectively. See *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. The same holds true for dangerous driving; see *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867. Similarly *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, dealt with the careless use of a firearm in a charge of manslaughter and the mental element was assessed objectively. The same approach was taken in *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, where the accused was charged with careless storage of a firearm. However, unless the wording of the section creating the crime indicates otherwise or the nature of the crime itself dictates a different approach, then the *mens rea* or blameworthy aspect must be assessed subjectively. See the reasons of McLachlin J. in *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 18. There she wrote:

Most scholars and jurists agree that, leaving aside offences where the *actus reus* is negligence or inadvertence and offences of absolute liability, the test for *mens rea* is subjective. The test is not whether a reasonable person would have foreseen the consequences of the prohibited act, but whether the accused subjectively appreciated those consequences at least as a possibility. In applying the subjective test, the court looks to the accused's intention and the facts as the accused believed them to be: G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 727-28.

Two collateral points must be made at this juncture. First, as Williams underlines, this inquiry has nothing to do with the accused's system of values. A person is not saved from conviction because he or she believes there is nothing wrong with what he or she is doing. The question is whether the accused subjectively appreciated that certain consequences would follow from his or her acts, not whether the accused believed the acts or their consequences to be moral. Just as the pathological killer

nécessitera habituellement la preuve d'un état d'esprit positif, tel que l'intention, qui peut être déduit des actes et des paroles de l'accusé, de son insouciance ou de son ignorance volontaire.

Dans certaines circonstances, l'élément moral devrait être apprécié de façon objective. Par exemple, dans le cas des infractions à la réglementation, l'élément moral du caractère répréhensible peut être apprécié objectivement. Voir *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. Il en va ainsi de la conduite automobile dangereuse; voir *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867. De façon similaire, l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, concernait l'utilisation imprudente d'une arme à feu, relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable, et l'élément moral a été apprécié objectivement. Notre Cour a suivi la même démarche dans *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, où le prévenu était accusé d'avoir entreposé une arme à feu d'une manière négligente. Toutefois, à moins que le libellé de la disposition créant l'infraction n'indique autre chose ou que la nature de l'infraction elle-même ne dicte une démarche différente, la *mens rea* ou l'aspect répréhensible doit être apprécié subjectivement. Voir les motifs du juge McLachlin dans *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5. Elle écrit à la p. 18:

La plupart des auteurs de doctrine et des juristes conviennent qu'à l'exception des infractions dont l'*actus reus* est la négligence ou l'inattention et des infractions de responsabilité absolue, le critère applicable à la *mens rea* est subjectif. Il s'agit non pas de savoir si une personne raisonnable aurait prévu les conséquences de l'acte prohibé, mais si l'accusé était subjectivement conscient que ces conséquences étaient à tout le moins possibles. Dans l'application du critère subjectif, le tribunal examine l'intention de l'accusé et les faits tels que ce dernier croyait qu'ils étaient: G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), aux pp. 727 et 728.

Il importe, à ce stade, de faire deux remarques accessoires. Premièrement, comme le souligne Williams, la présente analyse n'a rien à voir avec l'échelle des valeurs de l'accusé. Une personne n'échappe pas à une déclaration de culpabilité pour le motif qu'elle croit qu'elle ne fait rien de mal. Il s'agit de savoir si l'accusé était subjectivement conscient que certaines conséquences résulteraient de ses actes, et non pas s'il croyait que ses actes ou leurs conséquences étaient moraux.

would not be acquitted on the mere ground that he failed to see his act as morally reprehensible, so the defrauder will not be acquitted because he believed that what he was doing was honest.

The second collateral point is the oft-made observation that the Crown need not, in every case, show precisely what thought was in the accused's mind at the time of the criminal act. In certain cases, subjective awareness of the consequences can be inferred from the act itself, barring some explanation casting doubt on such inference. The fact that such an inference is made does not detract from the subjectivity of the test.

107 Professor Don Stuart, in his very helpful text *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at p. 194, sets out the principle in these words:

Where the Criminal Code definitions of an offence include a clear *mens rea* word, such as "intentionally", "wilfully", "knowingly", Parliament has made its choice of the subjective test clear.

Where the definition of the crime contains no *mens rea* words, and cannot be interpreted as a crime of objective negligence, it should be interpreted as an offence of subjective *mens rea*. Decisions reading in subjective fault requirements for drug offences and the former offence of rape are still authoritative. McLachlin J., who delivered the majority judgment in *Creighton*, also authored the majority judgment in *Theroux* (1993) in which the Court interpreted the ambiguous word "fraudulent" to require a subjective *mens rea* requirement for theft and fraud. In *Clemente* (1994) the Supreme Court read into the offence of threatening to cause death or serious harm the requirement of an intent to intimidate or instill fear or an intent to be taken seriously.

The only authority to the contrary is the Supreme Court in *DeSousa*, *Creighton* and *Godin* reading in an objective rather than a subjective substantive standard in interpreting crimes relying on so-called predicate offences. This must surely be confined to that special category of offence. The approach of our courts to unlawful act manslaughter has long been objective at a time when the established tradition has been to interpret

Tout comme un meurtrier pathologique ne serait pas acquitté pour le seul motif qu'il ne considérerait pas que son acte était moralement répréhensible, le fraudeur ne sera pas acquitté pour le motif qu'il croyait que ce qu'il faisait était honnête.

Deuxièmement, il y a l'observation fréquente selon laquelle le ministère public n'a pas à démontrer précisément, dans tous les cas, ce que l'accusé avait à l'esprit au moment où il a commis l'acte criminel. Dans certains cas, la conscience subjective des conséquences peut être déduite de l'acte lui-même, sous réserve de quelque explication qui vient mettre en doute cette déduction. Le fait qu'une telle déduction soit faite ne diminue en rien le caractère subjectif du critère.

Dans son ouvrage très utile intitulé *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), le professeur Don Stuart expose comme suit le principe (à la p. 194):

[TRADUCTION] Le fait que, dans le Code criminel, le Parlement définit une infraction en employant un mot ayant clairement une connotation de *mens rea*, comme «intentionnellement», «volontairement», «sciemment», indique clairement qu'il a choisi le critère subjectif.

Lorsque la définition du crime ne comporte aucun mot se rapportant à la *mens rea*, et qu'on ne peut l'interpréter comme étant un crime de négligence objective, il devrait être interprété comme une infraction de *mens rea* subjective. Les décisions qui ont introduit des exigences de faute subjective relativement aux infractions en matière de stupéfiants et à l'ancienne infraction de viol font toujours jurisprudence. Le juge McLachlin qui a rendu le jugement de la majorité dans *Creighton*, a aussi rédigé le jugement de la majorité dans *Theroux* (1993) dans lequel la Cour a interprété le mot ambigu «dolosif» comme exigeant une *mens rea* subjective pour l'infraction de vol et de fraude. Dans *Clemente* (1994), la Cour suprême a introduit dans l'infraction de menaces de mort ou de blessures graves, la nécessité qu'il y ait une intention d'intimider ou de susciter la crainte, ou une intention d'être pris au sérieux.

Les seules décisions dans le sens contraire sont les arrêts de la Cour suprême *DeSousa*, *Creighton* et *Godin*, qui ont introduit une norme fondamentale objective, plutôt que subjective, dans l'interprétation de crimes, en se fondant sur des infraction dites sous-jacentes. Cela doit sûrement être limité à cette catégorie particulière d'infractions. L'approche de nos tribunaux envers l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal

other Criminal Code offences as requiring the subjective standard.

He then sets out the policy favouring subjective awareness in this manner (at pp. 194-95):

It best reflects the need for state punishment only when allowance has been made for individual differences and all the circumstances. For most Criminal Code offences it has proved to be a workable test. The high conviction rate for drug offences, which require subjective *mens rea*, is convincing evidence that the subjective standard is not a recipe for lawlessness. Triers of fact are not duped by bogus defences. . . .

I am in substantial agreement with the position taken by Professor Stuart. There is nothing in the wording of s. 121(1)(c) or in the nature of the crime the section describes which indicates that an objective assessment of the mental element should be made. Accordingly, it should be assessed subjectively. It might well be that in light of the importance of s. 121(1)(c) the imposition of an objective standard of blameworthiness based solely upon knowledge of the *actus reus* elements of the offence could be achieved and readily justified. However that would be for Parliament to effect.

Recklessness

Whether or not an accused had the necessary subjective *mens rea* or mental state of blameworthiness required to commit a specific crime can of course be inferred from the actions and words of the accused. It has been recognized by this Court that the mental element for many offences is broadened or extended by the concepts of recklessness and wilful blindness. In *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, McIntyre J. recognized the significance of the concept of recklessness in determining whether the accused had the necessary intent to commit the offence of rape. At p. 582 he stated:

In accordance with well-established principles for the determination of criminal liability, recklessness, to form

a longtemps été objective à une époque où la tradition reçue consistait à interpréter d'autres infractions au Code criminel comme exigeant la norme subjective.

Il formule ensuite le principe favorisant la connaissance subjective (aux pp. 194 et 195):

[TRADUCTION] Il reflète mieux la nécessité d'une peine imposée par l'État seulement lorsqu'on a prévu tenir compte des différences individuelles et de toutes les circonstances. Il a été démontré qu'il s'agit d'un critère utile pour la plupart des infractions au Code criminel. Le taux élevé de déclarations de culpabilité pour des infractions en matière de drogues, qui exigent une *mens rea* subjective, est une preuve convaincante que la norme subjective n'ouvre pas la porte à l'anarchie. Les juges des faits ne sont pas trompés par des simulacres de moyens de défense . . .

Je suis pour l'essentiel d'accord avec la position du professeur Stuart. Rien dans le libellé de l'al. 121(1)(c) ou dans la nature de l'infraction décrite n'indique qu'il faudrait faire une appréciation objective de l'élément moral. Par conséquent, l'appréciation doit être subjective. Il se pourrait bien que, vu l'importance de l'al. 121(1)(c), on puisse imposer et facilement justifier une norme objective d'appréciation du caractère répréhensible fondée uniquement sur la connaissance des éléments de l'*actus reus*. Mais c'est une décision qui relève du législateur.

L'insouciance

La réponse à la question de savoir si un accusé avait subjectivement la *mens rea* nécessaire ou avait l'état d'esprit répréhensible requis pour commettre un crime particulier peut évidemment être déduite de ses actes et de ses paroles. Notre Cour a reconnu que le champ de l'élément moral de nombreuses infractions est élargi par les concepts d'insouciance et d'ignorance volontaire. Dans *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, le juge McIntyre a reconnu l'importance du concept d'insouciance quant à la question de savoir si l'accusé avait eu l'intention nécessaire de commettre l'infraction de viol. À la p. 582, il a affirmé:

Conformément aux principes bien établis en matière de détermination de la responsabilité criminelle, l'insou-

108

109

110

a part of the criminal *mens rea*, must have an element of the subjective. It is found in the attitude of one who, aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk. It is, in other words, the conduct of one who sees the risk and who takes the chance. It is in this sense that the term 'recklessness' is used in the criminal law and it is clearly distinct from the concept of civil negligence.

- 111 Further in *Théroux, supra*, it was held that fraudulent conduct could include recklessness in the sense of "knowledge of the likelihood of the prohibited consequences" (p. 10).

Wilful Blindness

- 112 The mental requirement of the crime may also be satisfied by applying the concept of wilful blindness. Glanville Williams in his textbook *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 157-58, explained the wilful blindness approach in these words:

. . . the rule is that if a party has his suspicion aroused but then deliberately omits to make further enquires, because he wishes to remain in ignorance, he is deemed to have knowledge. . . .

In other words, there is a suspicion which the defendant deliberately omits to turn into certain knowledge. This is frequently expressed by saying that he "shut his eyes" to the fact, or that he was "wilfully blind."

He observed that Lord Hewart C.J. expressed it by saying that:

the respondent deliberately refrained from making inquiries the result of which he might not care to have.

- 113 In *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55, at p. 111, Sopinka J. noted that a finding of wilful blindness involves an affirmative answer to the question: "Did the accused shut his eyes because he knew or strongly suspected that looking would fix him with knowledge?" He went on to state: "The determination must be made in light of all the circumstances."

ciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle. Cet élément se trouve dans l'attitude de celui qui, conscient que sa conduite risque d'engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. En d'autres termes, il s'agit de la conduite de celui qui voit le risque et prend une chance. C'est dans ce sens qu'on emploie le terme «insouciance» en droit criminel et il est nettement distinct du concept de négligence en matière civile.

Puis, dans l'arrêt *Théroux*, précité, notre Cour a statué qu'une conduite frauduleuse pouvait comprendre l'insouciance dans le sens de «connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées» (p. 10).

L'ignorance volontaire

Il peut aussi être satisfait à l'exigence relative à l'élément moral de l'infraction par l'application du concept d'ignorance volontaire. Glanville Williams, dans son manuel *Criminal Law: The General Part* (2^e éd. 1961), aux pp. 157 et 158, explique l'ignorance volontaire en ces termes:

[TRADUCTION] . . . selon la règle, si une partie a des soupçons mais ensuite omet délibérément de procéder à un autre examen parce qu'elle désire demeurer dans l'ignorance, elle est réputée être au courant . . .

En d'autres termes, il existe un soupçon, que le défendeur a délibérément omis de transformer en connaissance certaine. On exprime fréquemment cette situation en disant d'une personne qu'elle «s'est fermé les yeux» à l'égard du fait, ou qu'elle a fait preuve d'«ignorance volontaire».

Il fait remarquer que le lord juge en chef Hewart a exprimé la même idée de la façon suivante:

[TRADUCTION] . . . l'intimé s'est délibérément abstenu de chercher à obtenir des renseignements qu'il préférerait ne pas avoir.

Dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, à la p. 111, le juge Sopinka a fait remarquer que, pour conclure à l'ignorance volontaire, il faut répondre par l'affirmative à la question suivante: «L'accusé a-t-il fermé les yeux parce qu'il savait ou soupçonnait fortement que s'il regardait, il saurait?» Il a ensuite ajouté: «La décision doit être prise en tenant compte de toutes les circonstances.»

In *Sansregret, supra*, this Court held that the circumstances were not restricted to those immediately surrounding a particular offence but could be more broadly defined to include past events. McIntyre J. distinguished wilful blindness from recklessness and quoted with approval a passage from Glanville Williams with regard to its application (at pp. 584 and 586):

Wilful blindness is distinct from recklessness because, while recklessness involves knowledge of a danger or risk and persistence in a course of conduct which creates a risk that the prohibited result will occur, wilful blindness arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant. The culpability in recklessness is justified by consciousness of the risk and by proceeding in the face of it, while in wilful blindness it is justified by the accused's fault in deliberately failing to inquire when he knows there is reason for inquiry.

The rule that wilful blindness is equivalent to knowledge is essential, and is found throughout the criminal law. It is, at the same time, an unstable rule, because judges are apt to forget its very limited scope. A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness. It requires in effect a finding that the defendant intended to cheat the administration of justice. Any wider definition would make the doctrine of wilful blindness indistinguishable from the civil doctrine of negligence in not obtaining knowledge.

Although this would seem to be a rather narrow approach to wilful blindness it certainly can and should be applied in appropriate cases. As Professor Don Stuart points out in *Canadian Criminal Law, supra*, there is no reason to absolve those

Dans *Sansregret*, précité, notre Cour a conclu que les circonstances ne se limitaient pas à celles qui touchaient de près à l'infraction visée, mais qu'elles pouvaient recevoir une définition plus large de façon à comprendre des événements passés. Le juge McIntyre a distingué l'ignorance volontaire de l'insouciance et a cité et approuvé un passage tiré de l'ouvrage de Glanville Williams en ce qui concerne son application (aux pp. 584 à 586):

L'ignorance volontaire diffère de l'insouciance parce que, alors que l'insouciance comporte la connaissance d'un danger ou d'un risque et la persistance dans une conduite qui engendre le risque que le résultat prohibé se produise, l'ignorance volontaire se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance. La culpabilité dans le cas d'insouciance se justifie par la prise de conscience du risque et par le fait d'agir malgré celui-ci, alors que dans le cas de l'ignorance volontaire elle se justifie par la faute que commet l'accusé en omettant délibérément de se renseigner lorsqu'il sait qu'il y a des motifs de le faire.

(TRADUCTION) La règle selon laquelle l'ignorance volontaire équivaut à la connaissance est essentielle et se rencontre partout dans le droit criminel. En même temps, c'est une règle instable parce que les juges sont susceptibles d'en oublier la portée très limitée. Une cour peut valablement conclure à l'ignorance volontaire seulement lorsqu'on peut presque dire que le défendeur connaissait réellement le fait. Il le soupçonnait; il se rendait compte de sa probabilité; mais il s'est abstenu d'en obtenir confirmation définitive parce qu'il voulait, le cas échéant, être capable de nier qu'il savait. Cela, et cela seulement, constitue de l'ignorance volontaire. Il faut en effet qu'il y ait conclusion que le défendeur a voulu tromper l'administration de la justice. Toute définition plus générale aurait pour effet d'empêcher la distinction entre la doctrine de l'ignorance volontaire et la doctrine civile de la négligence de se renseigner.

Bien que cela puisse sembler être une conception plutôt étroite de l'ignorance volontaire, elle peut et doit certainement être appliquée lorsque cela est approprié. Comme le professeur Don Stuart le fait remarquer dans son ouvrage

who are deliberately ignorant since a person who is deliberately ignorant of a likely risk is sufficiently culpable. At p. 212 he writes:

The saga of *Sansregret* does not make one sanguine about the doctrine of wilful blindness. However, if we are careful to maintain the subjective test, the extension to wilful blindness seems to be a sensible widening of the net. We should not absolve those who are deliberately ignorant. This could be applied as well to the concept of foresight or knowledge of consequences. One who is deliberately ignorant about a likely risk is sufficiently culpable.

I agree with these comments. The requisite *mens rea* for the crime can thus be established by demonstrating that the accused had the requisite intent or was reckless or wilfully blind.

What Then is the Requisite Mental Element for s. 121(1)(c)?

116 The requisite acts or *actus reus* necessary to constitute the crime are these:

- (a) the giving of a "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a person having "dealings with the government";
- (b) the receipt of the "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a government employee; and
- (c) the absence of the consent of the government employee's superior to the receipt of the benefit.

The commission, reward, advantage or benefit of any kind must consist of something of value which constituted a profit to the employee and was derived at least in part from the employee's relation to or position with the government.

117 In my view the mental element of blameworthiness for s. 121(1)(c) requires proof not only that the accused was aware or knew of the requisite elements of the offence but also that he knew that

Canadian Criminal Law, op. cit., il n'y a aucune raison d'absoudre ceux qui se gardent dans un état d'ignorance volontaire, car l'ignorance volontaire d'un risque vraisemblable les rend suffisamment coupables. À la p. 212, il écrit:

[TRADUCTION] La saga de l'arrêt *Sansregret* ne permet pas d'être optimiste au sujet de la doctrine de l'ignorance volontaire. Toutefois, si nous avons la prudence de conserver le critère subjectif, l'extension à l'ignorance volontaire semble être un élargissement raisonnable du filet. Nous ne devrions pas absoudre les personnes qui restent délibérément dans l'ignorance. Cela pourrait s'appliquer aussi au concept de prévision ou de connaissance des conséquences. La personne qui reste délibérément dans l'ignorance au sujet d'un risque vraisemblable est suffisamment coupable.

Je suis d'accord avec ces observations. On peut par conséquent établir la *mens rea* requise quant à l'infraction en faisant la démonstration que l'accusé avait l'intention requise, ou a été insouciant ou a fait preuve d'ignorance volontaire.

Quel est alors l'élément moral requis relativement à l'al. 121(1)(c)?

Les actes requis ou l'*actus reus* nécessaire quant à la perpétration de l'infraction sont les suivants:

- a) le don d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par une personne qui a des «relations d'affaires avec le gouvernement»;
- b) l'acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par un fonctionnaire;
- c) l'absence de consentement du supérieur du fonctionnaire à l'acceptation du bénéfice.

Cette commission, récompense, avantage ou bénéfice de quelque nature doit consister en quelque chose de valeur qui constitue un profit que l'employé tire, du moins en partie, de sa situation au gouvernement.

À mon avis, l'élément moral du caractère répréhensible relativement à l'al. 121(1)(c) exige la preuve non seulement que l'accusé était conscient ou était informé des éléments requis de l'infraction.

he received the benefit at least in part because of his position with the government; or that he was wilfully blind to circumstances which would lead to that conclusion; or was reckless as to the consequences of accepting the benefit without the consent and permission of his superior, that is to say he was aware of the risk of his actions breaching the subsection but nonetheless took the risk of proceeding in that manner.

Ample evidence was adduced upon which a jury properly instructed could have found Hinchey was guilty on any of these three bases. First, the requisite mental element could be established in this case as in others by considering the words and actions of the accused in light of the surrounding circumstances. For example, neither the accused nor his wife was a friend of James Wall. They did not customarily exchange gifts. The benefit received was substantial, it was paid somewhat surreptitiously and there was no work performed by the wife of the accused for the "salary" she received. The accused was aware of the benefit received by his wife. He knew that Wall was engaged in the construction of roads for the province and that in his position as District Engineer he would be dealing with Wall. He attempted to mislead the investigators into believing his wife had done work for Wall at his fox farm. At no time did the accused seek the consent of his employer to receive the benefit.

Thus the nature of the relationship between the accused and James Wall; the work James Wall did for the province; the position of the accused as District Engineer; the substantial amount of the benefit; the surreptitious payment of the benefit to the wife of the accused; the attempt to mislead the investigators all taken together would permit a reasonable jury to infer that the accused knew that a benefit had been paid to him, at least in part because of his position with the government, and without the consent of his employer. On that basis it would be open to the jury to convict.

tion, mais qu'il savait qu'il recevait le bénéfice au moins en partie grâce à sa situation au gouvernement, ou qu'il s'est maintenu dans une ignorance volontaire quant aux circonstances qui menaient à cette conclusion, ou encore qu'il était insouciant des conséquences rattachées à son acceptation du bénéfice sans l'autorisation et la permission de son supérieur, c'est-à-dire qu'il était conscient que ses actes risquaient de violer l'alinéa, mais qu'il a néanmoins pris le risque d'agir comme il l'a fait.

On a présenté suffisamment d'éléments de preuve qui auraient pu permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure à la culpabilité de Hinchey sur l'un ou l'autre de ces trois motifs. Premièrement, l'élément moral requis pouvait être établi dans la présente affaire comme dans d'autres par l'examen des mots et des actes de l'accusé à la lumière des circonstances. Par exemple, ni l'accusé ni sa femme n'étaient des amis de James Wall. Il n'était pas dans leurs habitudes d'échanger des cadeaux. L'avantage reçu était important, il a été versé de façon quelque peu furtive et l'épouse de l'accusé n'a exécuté aucun travail pour le «salaire» qu'elle a reçu. L'accusé était au courant de l'avantage reçu par sa femme. Il savait que Wall s'occupait de construction de routes pour la province et que dans ses fonctions d'ingénieur de district il traiterait avec Wall. Il a tenté d'amener les enquêteurs à croire que son épouse avait exécuté du travail pour Wall à sa ferme d'élevage de renards. L'accusé n'a jamais cherché à obtenir le consentement de son employeur pour recevoir l'avantage en cause.

Ainsi, la nature de la relation entre l'accusé et James Wall, le travail que James Wall exécutait pour la province, les fonctions de l'accusé à titre d'ingénieur de district, le montant important de l'avantage, le paiement furtif de l'avantage à l'épouse de l'accusé, la tentative de tromper les enquêteurs, tout cela ensemble permettrait à un jury raisonnable d'inférer que l'accusé savait qu'un avantage lui avait été versé, au moins en partie à cause de son poste au sein du gouvernement et sans le consentement de son employeur. Sur ce fondement, le jury pourrait rendre un verdict de culpabilité.

118

119

120

When the requisite *mens rea* for s. 121(1)(c) is under consideration in a case a number of factors will have to be taken into account. They may include: the position in government held by the accused; the business and social relationship existing between the accused and the person paying the benefit; the amount and nature of the benefit; the manner in which the benefit was paid: for example were attempts made to disguise the benefit? Factors such as these when considered in the context of all the surrounding circumstances can provide the basis for the finder of fact to properly infer that the accused was aware of the requisite elements of the offence and that he had received the benefit at least in part because of his position with the government and enter a conviction.

121

This is the same pattern of reasoning that must be followed whenever the mental element or *mens rea* of an offence must be established on a subjective basis. It is certainly not an untoward burden to place on the Crown. Rather it is the norm and is applicable whenever the offence requires a subjective approach to be taken in determining the mental element of the crime.

122

I believe that the suggested approach to the mental element required by s. 121(1)(c) is appropriate. If the mental element were held to be no more than knowledge of the *actus reus* then the acceptance of any benefit could suffice to constitute the commission of the offence. The section could not have been designed to make a government clerk or secretary guilty of a crime as a result of accepting an invitation to dinner or a ticket to a hockey game from one known to do business with the government. On the other hand, a higher ranking government official who was for example responsible for the procurement of products for the government and who regularly accepted hockey tickets and dinners from a vendor of the products could well be on dangerous ground. There must be a way of distinguishing these situations and that, I venture to say, is by taking into account the suggested mental element of the offence. Its application would ensure that only those for whom the section was designed would come within its purview and yet ensure that this important section

Plusieurs facteurs doivent être pris en compte dans l'examen de la *mens rea* requise pour l'al. 121(1)c). Ils peuvent comprendre le poste détenu par l'accusé au sein du gouvernement; les relations commerciales et sociales existant entre l'accusé et la personne qui verse l'avantage; le montant et la nature de l'avantage; la façon dont l'avantage a été versé: par exemple a-t-on tenté de maquiller l'avantage. Lorsqu'ils sont examinés dans le contexte de toutes les circonstances, de tels facteurs peuvent fournir au juge des faits la base à partir de laquelle il peut inférer que l'accusé était au courant des éléments requis de l'infraction et savait qu'il avait reçu l'avantage au moins en partie à cause de son poste au sein du gouvernement, et il peut rendre un verdict de culpabilité.

C'est le même genre de raisonnement qu'il faut suivre chaque fois que l'élément moral ou la *mens rea* de l'infraction doit être établi sur une base subjective. Ce n'est certainement pas un fardeau trop lourd à imposer au ministère public. C'est plutôt la norme et elle est applicable chaque fois que l'infraction exige l'adoption d'une approche subjective pour déterminer l'élément moral du crime.

Je crois que l'approche proposée relativement à l'élément moral requis par l'al. 121(1)c) est la bonne. Si l'élément moral ne devait être rien de plus que la connaissance de l'*actus reus*, l'acceptation de tout avantage pourrait alors suffire pour constituer la perpétration de l'infraction. La disposition n'a pas pu être conçue de façon à rendre un commis ou un secrétaire de l'État coupable d'un crime parce qu'il a accepté une invitation à souper ou un billet pour un match de hockey d'une personne dont on sait qu'elle fait affaire avec le gouvernement. En revanche, un fonctionnaire de rang supérieur chargé par exemple de l'acquisition de produits pour le gouvernement, qui accepte sur une base régulière des billets pour des matches de hockey et des soupers d'un vendeur de ces produits pourrait bien se trouver en terrain dangereux. Il doit exister une façon de distinguer ces situations et, je dirais, que c'est en tenant compte de l'élément moral proposé de l'infraction. Son application assurerait que seules entreraient dans le champ d'application de la disposition les personnes que le

could be readily applied in appropriate circumstances.

Further, the facts of this case present a classic example of a situation where the wilful blindness and recklessness of the accused very properly should be taken into consideration. This position is, I believe, similar to that correctly taken by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Rouleau* (1984), 14 C.C.C. (3d) 14.

The evidence presented in this case indicates that the *actus reus* of the offence was established and there was strong and cogent evidence upon which a jury properly instructed could find that the accused had the requisite intent or was wilfully blind to the situation or was reckless as to the consequences of his actions. On any of these bases the mental element could have been properly inferred and the accused could have properly been found guilty. Unfortunately the proper instructions were not given by the trial judge as to the requisite intent. Further on a number of other matters the trial judge erred in his directions to the jury. In addition the conduct of the trial was to say the least unfortunate.

Errors in the Charge

With regard to s. 121(1)(c) the trial judge ought to have instructed the jury that the conduct necessary to constitute the offence included

- (a) the giving of a "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a person having "dealings with the government";
- (b) the receipt of the "commission, reward, advantage or benefit of any kind" by a government employee; and
- (c) the absence of the consent of the government employee's superior to the receipt of the benefit.

and that the commission, reward, advantage or benefit of any kind should be considered to consist

législateur a voulu viser et assurerait en même temps que cette disposition importante serait facilement appliquée dans les cas appropriés.

En outre, les faits de l'espèce sont l'exemple classique de la situation où l'ignorance volontaire et l'insouciance de l'accusé ont tout lieu d'être prises en considération. Cette position est, je crois, semblable à celle que la Cour d'appel du Québec a correctement adoptée dans *R. c. Rouleau* (1984), 14 C.C.C. (3d) 14.

La preuve présentée en l'espèce indique que l'*actus reus* de l'infraction a été établi, et il y avait des éléments de preuve convaincants qui auraient permis à un jury ayant reçu les directives appropriées de conclure que l'accusé avait l'intention requise ou qu'il s'était maintenu dans une ignorance volontaire quant à la situation ou qu'il était insouciant quant aux conséquences de ses actes. Pour n'importe lequel de ces motifs, le jury aurait pu correctement conclure à l'existence de l'élément moral et correctement déclarer l'accusé coupable. Malheureusement, le juge du procès n'a pas donné les directives appropriées sur la question de l'intention requise. En outre, sur de nombreuses autres questions, le juge du procès a commis des erreurs dans son exposé au jury. Par ailleurs, le déroulement du procès a été, pour dire le moins, déplorable.

Erreurs dans l'exposé au jury

En ce qui concerne l'al. 121(1)(c), le juge du procès aurait dû dire au jury que la conduite nécessaire à la perpétration de l'infraction comprenait

- a) le don d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par une personne qui a des «relations d'affaires avec le gouvernement»;
- b) l'acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» par un fonctionnaire;
- c) l'absence de consentement du supérieur du fonctionnaire à l'acceptation du bénéfice;

et que cette commission, récompense, avantage ou bénéfice de quelque nature doit consister en

123

124

125

of something of value which constitutes a profit to the employee derived at least in part from the employee's position with the government.

quelque chose de valeur qui constitue un profit que l'employé tire, du moins en partie, de sa situation au gouvernement.

126 As to the mental element, the trial judge should have instructed the jury that based upon the words and actions of the accused they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had knowledge of the elements set out in (a), (b) and (c) and that he knew that he was receiving the benefit at least in part because of his position with the government.

En ce qui concerne l'élément moral, le juge du procès aurait dû dire aux jurés que, en se fondant sur les actes et les paroles de l'accusé, ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé était au courant des éléments énoncés dans les al. a), b) et c) et qu'il savait qu'il recevait le bénéfice au moins en partie grâce à sa situation au gouvernement.

127 Next, the jury should have been instructed that insofar as the mental element is concerned they could also find the accused guilty if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had been reckless or wilfully blind. With respect to recklessness, the jury should have been told that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused was aware that his conduct could bring about the result prohibited by s. 121(1)(c) and nevertheless persisted in that conduct, which is to say he was reckless as to the consequences of his actions, it was open to them to find that the accused was guilty.

Ensuite, les jurés auraient dû recevoir comme directive que, en ce qui concerne l'élément moral, ils pouvaient aussi déclarer l'accusé coupable s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il avait été insouciant ou qu'il s'était maintenu dans une ignorance volontaire. En ce qui concerne l'insouciance, le juge aurait dû leur dire que, s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé était conscient que sa conduite pouvait entraîner le résultat prohibé par l'al. 121(1)c) et qu'il avait néanmoins persisté, ce qui revient à dire qu'il était insouciant quant aux conséquences de ses actes, il leur était loisible de le déclarer coupable.

128 As to wilful blindness, the jury should have been charged that having regard to all of the surrounding circumstances, they could find the accused guilty if they found that he was wilfully blind. The phrase "wilful blindness" means that the accused suspected that he was or would be guilty of an offence if he persisted in his conduct but despite this suspicion he refused to make inquiries that would confirm or deny his suspicions. In other words, notwithstanding his suspicions, he refused to ascertain the true state of affairs and chose instead to remain wilfully blind because to make inquiries would fix him with knowledge of the commission of the offence.

En ce qui concerne l'ignorance volontaire, le juge aurait dû dire aux jurés que, compte tenu de toutes les circonstances, ils pouvaient déclarer l'accusé coupable s'ils concluaient qu'il s'était maintenu dans une ignorance volontaire. L'expression «ignorance volontaire» signifie que l'accusé soupçonnait qu'il était ou serait coupable d'une infraction s'il conservait la même ligne de conduite, mais qu'il a néanmoins refusé d'obtenir les renseignements qui auraient pu confirmer ou démentir ses soupçons. En d'autres termes, malgré ses soupçons, il a refusé de s'assurer du véritable état de la situation et a choisi plutôt de rester dans une ignorance volontaire, parce que, s'il s'était renseigné, il aurait su qu'il commettait l'infraction.

129 In summary, if the requisite actions or conduct were established and the jury was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant possessed the requisite intent or was reckless or wilfully blind as

Bref, si les actes ou la conduite requis ont été établis et si les jurés étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'appellant avait l'intention requise ou qu'il a été insouciant ou qu'il s'est

those terms have been described they could convict the accused.

Did the Accused Receive a Fair Trial?

The errors made by the trial judge and indeed the whole conduct of the trial have a cumulative effect that makes it readily apparent that no other disposition than that of a new trial would achieve a fair result.

At the outset it is important to remember that the Court of Appeal directed a new trial with regard to the two counts of fraud. In the course of their reasons leading to that disposition the Court of Appeal stated (at pp. 232-33):

While I do not intend to go into this aspect of the appeal in detail inasmuch as a decision has already been reached as to disposition, the transcript clearly demonstrates untoward interference with both counsel's conduct of their respective cases by the judge throughout the trial. In the course of the trial, which lasted over two weeks, the judge continually questioned counsel (indeed "grilled" is perhaps a more apt description) both prior to and during the examination of many witnesses as to the form and nature of the evidence to be given. On at least eight occasions the judge suspended the proceedings, excused the jury and of his own volition entered into what he termed as voir dire for that purpose. He clearly attempted to influence the manner in which both counsel were presenting their respective cases.

Further, the Court of Appeal with regard to the fraud charges made observations which I think are equally applicable to the charge under s. 121(1)(c) (at p. 232):

Throughout his charge, the trial judge clearly gives the impression that the case totally hinged on the credibility of the two accused. He also made it very clear that he did not believe their testimony and, again, that such lack of credibility may be equated with their dishonest intent to carry out the alleged acts and, further, as proof of their dishonest conduct throughout.

maintenu dans une ignorance volontaire, selon le sens qui a été donné ces expressions, ils pouvaient le déclarer coupable.

L'accusé a-t-il eu un procès équitable?

Les erreurs commises par le juge du procès et, en fait, tout le déroulement du procès ont pour effet cumulatif de rendre tout à fait évident que la seule façon de parvenir à un résultat équitable était d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Dès le départ, il est important de se rappeler que la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement aux deux chefs d'accusation pour fraude. Dans les motifs menant à cette décision, la Cour d'appel a déclaré (aux pp. 232 et 233):

[TRADUCTION] Bien que je n'aie pas l'intention d'aller en profondeur dans cet aspect de l'appel étant donné que la conclusion quant au dispositif est déjà tirée, la transcription montre clairement que le juge, tout au long du procès, est intervenu de façon inopportune dans la présentation de la preuve par les avocats. Au cours du procès, qui a duré plus de deux semaines, le juge a continuellement interrogé les avocats (en fait, «cuisinés» décrit peut-être mieux la réalité), tant avant que pendant l'interrogatoire de nombreux témoins quant à la forme et à la nature du témoignage qui devait être rendu. Le juge a suspendu les procédures au moins huit fois, a exclu le jury et a entrepris de son propre chef ce qu'il a prétendu être à cette fin des voir-dire. Il a clairement tenté d'influencer les deux avocats quant à la manière de présenter leur preuve respective.

En outre, relativement aux accusations de fraude, la Cour d'appel a fait des observations que je considère applicables également à l'accusation portée en vertu de l'al. 121(1)(c) (à la p. 232):

[TRADUCTION] Pendant tout son exposé, le juge du procès a nettement donné l'impression que toute l'affaire dépendait de la crédibilité des deux accusés. Il a aussi dit très clairement qu'il ne croyait pas leur témoignage et que par ailleurs ce manque de crédibilité pouvait être mis en parallèle avec leur intention malhonnête de perpétrer les actes allégués et, en outre, servir de preuve de leur conduite malhonnête du commencement à la fin.

130

131

132

133 In my view these comments must be as applicable to the charge under s. 121(1)(c) as they were to the two fraud charges.

134 Further, the trial judge referred to one juror as a “lunkhead” and suggested that another may be “a bitter man”. Those comments in themselves cast a cloud over the proceedings. A review of the transcripts makes it apparent that the proceedings were more in the nature of an ordeal than a trial. Certainly they indicate that the accused could not have received a fair trial.

135 In addition, the trial judge erred in his instructions to the jury with regard to character evidence. The issue of credibility was vital to the resolution of the case. The trial judge ought to have given directions as to character evidence and the manner in which it should be considered. This was particularly true in light of the derogatory comments made by the Crown in its closing address regarding the character evidence called on behalf of the accused. The jury should have been instructed that character evidence may be of assistance not only in assessing the credibility of the accused but also that it was relevant to show that it was improbable that the accused would have committed the crime. See *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.). There it was said at p. 378:

It can be seen that the charge was correct in its reference to the use the jury might make of the character evidence in considering the credibility of the accused. Unfortunately, it failed to make reference to the important principle that the jury could also use the character evidence as the basis for an inference that the appellant was not likely to have committed the crime charged. . . .

A direction with regard to this principle was essential in this case as the issue of credibility was crucial.

136 There was a complete failure to instruct the jury with regard to the use of the character evidence which was presented. This testimony was of vital importance to the defence since it was the position

À mon avis, ces commentaires doivent s'appliquer autant à l'accusation portée en vertu de l'al. 121(1)c) qu'ils s'appliquaient aux deux accusations de fraude.

De plus, le juge du procès a qualifié un juré de [TRADUCTION] «nouille» et a donné à entendre qu'un autre était peut-être [TRADUCTION] «amer». Ces commentaires en soi jettent un doute sur les procédures. Il est évident, à l'examen de la transcription, que ces procédures tenaient davantage du supplice que du procès. Elles donnent certainement à penser que l'accusé n'a pas obtenu un procès équitable.

En outre, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury en ce qui concerne la preuve de moralité. La question de la crédibilité était essentielle quant à l'issue de l'affaire. Le juge du procès aurait dû donner des directives concernant la preuve de moralité et la façon de l'apprécier. Cela est particulièrement vrai compte tenu des commentaires méprisants faits par le ministère public dans son exposé final au sujet de la preuve de moralité présentée pour le compte de l'accusé. Le jury aurait dû recevoir comme directive non seulement que la preuve de moralité peut aider à apprécier la crédibilité de l'accusé, mais aussi que cette preuve était pertinente pour démontrer qu'il était improbable que l'accusé ait commis l'infraction. Voir *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.), à la p. 378:

[TRADUCTION] On peut voir que l'exposé au jury était approprié en ce qui concerne l'utilisation que le jury pourrait faire de la preuve de moralité pour apprécier la crédibilité de l'accusé. Malheureusement, il manquait à cet exposé la mention du principe important selon lequel le jury pouvait aussi utiliser la preuve de moralité comme fondement pour conclure que l'appelant n'avait vraisemblablement pas commis le crime dont il était accusé . . .

Il était essentiel qu'une directive soit donnée en l'espèce sur ce principe car la question de la crédibilité était cruciale.

Le juge a complètement omis de donner au jury des directives sur l'utilisation de la preuve de moralité qui avait été présentée. Ce témoignage était d'une importance vitale pour la défense étant

of Morgan Hinchey that he had no intention of doing anything improper or illegal and that he made every effort to ensure that his wife was legitimately employed. No matter how tenuous that position might seem to be it remains that the credibility of Hinchey was fundamentally important to his defence. It follows that the failure to refer to this evidence and instruct the jury with regard to the use that could be made of it adversely affected the fairness of the trial. Indeed it has been held that the failure of a trial judge to properly instruct the jury with regard to character evidence is a serious misdirection or non-direction of such gravity that it cannot be rectified by the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii). See *R. v. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.).

Unfortunately I cannot agree with the conclusion of the Court of Appeal that any errors with respect to s. 121(1)(c) made by the trial judge could be cured pursuant to s. 686(1)(b)(iii). The errors of the trial judge and his conduct of the proceedings particularly when viewed cumulatively make it impossible to apply the curative provisions of that section. The general conduct of the trial was such that any reasonable bystander would conclude that the accused could not have had a fair trial. See *R. v. Pouliot*, [1993] 1 S.C.R. 456, approving the dissenting reasons of Fish J.A. (1992), 74 C.C.C. (3d) 428, at pp. 448-49.

Disposition

In the result the appeal is allowed. The order of the Court of Appeal is set aside and a new trial is directed on the count pertaining to s. 121(1)(c).

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Hurley Woodland Dodd, St. John's.

Solicitor for the respondent: Colin J. Flynn, St. John's.

donné la position adoptée par Morgan Hinchey, selon laquelle il n'avait eu aucune intention de faire quelque chose d'incorrect ou d'illégal et qu'il avait pris toutes les dispositions pour s'assurer que son épouse était légitimement employée. Si peu subtile que cette position puisse paraître, il n'en demeure pas moins que la crédibilité de Hinchey était d'une importance fondamentale pour sa défense. Il s'ensuit que le fait de ne pas avoir mentionné cet élément de preuve et de ne pas avoir dit au jury quelle utilisation il pouvait en faire a nui l'équité du procès. En fait, il a été statué que le juge du procès qui fait défaut de donner au jury des directives appropriées sur la preuve de moralité commet une erreur ou une omission d'une telle gravité qu'il ne peut y être remédié par les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii). Voir *R. c. Tarrant* (1981), 63 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.).

Malheureusement, je ne puis être d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les erreurs commises par le juge du procès quant à l'al. 121(1)(c) peuvent être corrigées par application du sous-al. 686(1)(b)(iii). Les erreurs du juge du procès et sa façon de diriger les procédures, particulièrement si elles sont appréciées cumulativement, rendent impossible l'application de ces dispositions réparatrices. Le déroulement général du procès était tel que tout observateur raisonnable aurait conclu que l'accusé n'a pas pu avoir un procès équitable. Voir *R. c. Pouliot*, [1993] 1 R.C.S. 456, approuvant les motifs dissidents du juge Fish (1992), 74 C.C.C. (3d) 428, aux pp. 448 et 449.

Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée quant au chef d'accusation relatif à l'al. 121(1)(c).

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Hurley Woodland Dodd, St. John's.

Procureur de l'intimée: Colin J. Flynn, St. John's.

*Solicitor for the intervener: Robert J. Frater,
Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant: Robert J. Frater,
Ottawa.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alexander Nikolovski *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NIKOLOVSKI

File No.: 24360.

1996: October 3; 1996: December 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Identification — Videotape recorded by security camera during robbery — Trial judge identifying accused in court as perpetrator of crime on basis of videotape — No corroborating testimony that accused was person depicted in tape — Whether videotape alone provides necessary evidence to enable trier of fact to identify accused as perpetrator of crime — If so, whether trial judge erred in circumstances of case in identifying and convicting accused solely on basis of videotape evidence.

The accused was charged with robbing a convenience store. The store clerk described the robber to the police and, a few days later, was shown 12 photographs. At trial, the clerk stated that he suspected three of the men shown, one of whom was the accused, but that he could be no more than 25 to 30 percent sure that any of them was the robber. He also stated that, when he was first shown the photographs, the one he suspected the most was not the accused. The Crown introduced as evidence the videotape of the robbery, recorded by the store security camera, and the clerk testified that it showed all of the robbery. At the conclusion of the review of the videotape, the clerk was asked if the man who robbed him was in court, to which he replied that he did not think so. A police officer who knew the accused testified that when he arrested him his facial appearance was different from that in court. The Crown closed its case and the defence elected to call no evidence. The trial judge directed herself as to the frailties of eyewitness identification but indicated that the videotape was very clear and that the robber was in the camera long enough

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Alexander Nikolovski *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. NIKOLOVSKI

N° du greffe: 24360.

1996: 3 octobre; 1996: 12 décembre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Identification — Bande vidéo enregistrée par la caméra d'un système de sécurité durant un vol qualifié — Le juge du procès a identifié l'accusé devant la cour comme étant l'auteur du crime en se fondant sur la bande vidéo — Aucun témoignage corroborant que l'accusé était la personne figurant sur la bande — Une bande vidéo apporte-t-elle, à elle seule, la preuve nécessaire pour permettre au juge des faits d'identifier l'accusé comme étant l'auteur du crime? — Si oui, le juge du procès a-t-il commis une erreur, dans les circonstances de l'espèce, en identifiant l'accusé et en le déclarant coupable uniquement sur la foi de la preuve par bande vidéo?

L'inculpé a été accusé d'avoir dévalisé un dépanneur. Le commis du magasin a décrit le voleur aux policiers et, quelques jours plus tard, on lui a montré 12 photos. Au procès, le commis a déclaré qu'il soupçonnait trois des hommes apparaissant sur les photos, dont l'un était l'accusé, mais qu'il ne pouvait pas dire avec un degré de certitude dépassant 25 à 30 pour 100 si l'un d'eux était le voleur. Il a également déclaré que, lorsque les photos lui ont été montrées pour la première fois, celui qu'il soupçonnait le plus n'était pas l'accusé. Le ministère public a présenté en preuve la bande vidéo du vol qualifié, enregistrée par la caméra du système de sécurité du magasin, et le commis du magasin a témoigné que la bande montrait tout le vol. À la fin du visionnement de la bande vidéo, on a demandé au commis si le voleur se trouvait dans la salle d'audience, ce à quoi il a répondu qu'il pensait que non. Un policier qui connaissait l'accusé a témoigné que, lorsqu'il a arrêté ce dernier, l'apparence de son visage était différente de celle qu'il avait en cour. Le ministère public a clos sa preuve et la défense a choisi de ne présenter aucune preuve. Le juge

for her to make a careful observation. She concluded that the person who committed the robbery on the tape was the accused and she convicted him. The Court of Appeal quashed the accused's conviction as unreasonable and entered an acquittal. The court found that the trial judge should not have relied solely on her own comparison between the appearance of the person on the videotape and the appearance of the accused in court to reach a conclusion that had no other foundation in the evidence.

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: Courts have recognized the importance and usefulness of videotapes in the search for truth in criminal trials as this type of evidence can serve to establish innocence just as surely and effectively as it may establish guilt. A video camera records accurately all that it perceives and it is precisely because videotape evidence can present such very clear and convincing evidence of identification that triers of fact can use it as the sole basis for the identification of the accused before them as the perpetrator of the crime.

Once it is established that a videotape has not been altered or changed, and that it depicts the scene of a crime, it becomes admissible and relevant evidence. Not only is the tape real evidence, but it is also, to a certain extent, testimonial evidence as well. It should be used by a trier of fact in determining whether a crime has been committed and whether the accused before the court committed the crime. The degree of clarity and quality of the tape, and to a lesser extent the length of time during which the accused appears on the videotape, will all contribute to establishing the weight which a trier of fact may properly place upon the evidence. The time of depiction may not be significant for even if there are but a few frames which clearly show the perpetrator that may be sufficient to identify the accused.

Although triers of fact are entitled to reach a conclusion as to identification based solely on videotape

du procès s'est remémoré les faiblesses de l'identification par témoins oculaires, mais elle a indiqué que la bande vidéo était très claire et que le voleur se trouvait dans le champ de la caméra assez longtemps pour qu'elle puisse l'observer attentivement. Elle a conclu que la personne qui avait commis le vol sur la bande vidéo était l'accusé et elle l'a déclaré coupable. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour le motif que celle-ci était déraisonnable, et elle a prononcé son acquittement. La cour a statué que le juge du procès n'aurait pas dû se baser uniquement sur la comparaison qu'elle avait elle-même établie entre l'apparence de la personne sur la bande vidéo et celle de l'accusé se trouvant dans la salle d'audience pour arriver à une conclusion qui n'avait pas d'autre fondement dans la preuve.

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Les tribunaux ont reconnu l'importance et l'utilité des bandes vidéo dans la recherche de la vérité dans les procès criminels, car ce genre de preuve peut servir à établir l'innocence d'une personne tout aussi sûrement et efficacement que sa culpabilité. La caméra vidéo enregistre fidèlement tout ce qui entre dans son champ, et c'est précisément parce que la preuve par bande vidéo peut présenter une preuve d'identification aussi claire et convaincante que le juge des faits peut se fonder uniquement sur celle-ci pour identifier l'accusé devant lui comme étant l'auteur du crime.

Une fois qu'il est prouvé qu'une bande vidéo n'a pas été retouchée ou modifiée et qu'elle décrit la scène d'un crime, elle devient une preuve admissible et pertinente. Non seulement la bande constitue-t-elle une preuve matérielle, mais elle est également, dans une certaine mesure, une preuve testimoniale. Elle devrait être utilisée par le juge des faits pour déterminer si un crime a été commis et si c'est l'accusé qui est devant la cour qui en est l'auteur. Le degré de clarté et la qualité de la bande, ainsi que, dans une moindre mesure, le temps durant lequel l'accusé apparaît sur la bande vidéo sont autant de facteurs qui serviront à déterminer le poids que le juge des faits peut à juste titre accorder à cette preuve. La durée de l'action sur la bande peut ne pas être un facteur important car, même s'il n'y a que quelques images montrant clairement l'auteur de l'infraction, cela peut être suffisant pour identifier l'accusé.

Bien que le juge des faits ait le droit de tirer une conclusion relativement à l'identification en se fondant

evidence, they must exercise care in doing so. When a jury is asked to identify an accused in this manner, clear directions must be given to them as to how they are to approach this task. They should be instructed to consider carefully whether the video is of sufficient clarity and quality and shows the accused for a sufficient time to enable them to conclude that identification has been proven beyond a reasonable doubt. If it is the only evidence adduced as to identity, the jury should be reminded of this. Further, they should be told, once again, of the important requirement that, in order to convict on the basis of the videotape alone, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that it identifies the accused. A trial judge sitting alone must be subject to the same cautions and directions as a jury in considering videotape evidence of identification.

Here, the trial judge did not err in finding the accused guilty of robbery. The videotape is of excellent quality and depicts the accused for a significant period of time. The evidence of the tape is of such clarity and strength that it provided convincing evidence upon which the trial judge could properly base her finding of fact that the accused was the person shown in the tape. There was no need for corroboration of this tape. The fact that the store clerk could not identify the accused is not of great significance. The violent and menacing jab made by the robber with a large knife directed towards the clerk suggests that self-preservation, not identification, may very reasonably have been the clerk's prime concern at the time of the robbery.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): While the sensory observations of a trial judge, based on a review of a videotape and the appearance of the accused, are admissible evidence of "identity" to support a guilty verdict, the evidence in this case makes it clear that the verdict rendered at trial was "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. The accused was convicted on the basis of very weak identification evidence, which was undermined by the evidence of the Crown's only eyewitness.

The trial judge relied on her own observations of the videotape to convict the accused. She made these observations after having viewed the 30-second video only once. She made no reference to specific characteristics of the man on the videotape that conformed to the

uniquement sur la preuve par bande vidéo, il doit faire montre de prudence à cet égard. Lorsqu'on demande à des jurés d'identifier un accusé de cette manière, il faut leur donner des directives claires quant à la façon dont ils doivent aborder cette tâche. Il faut leur dire d'examiner soigneusement la bande vidéo pour déterminer si elle est d'une clarté et d'une qualité suffisantes et si elle montre l'accusé pendant une période adéquate pour leur permettre de conclure que l'identification a été prouvée hors de tout doute raisonnable. S'il s'agit de la seule preuve produite relativement à l'identité de l'auteur du crime, il faudrait le rappeler aux jurés. De plus, il faudrait leur parler, de nouveau, de l'importance du fait que, pour déclarer l'accusé coupable sur la foi de la seule bande vidéo, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable qu'elle identifie l'accusé. Le juge du procès siégeant seul est assujéti aux mêmes mises en garde et directives qu'un jury lorsqu'il examine une preuve d'identification par bande vidéo.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'accusé était coupable de vol. La bande vidéo est d'une excellente qualité et on y voit l'accusé pendant une période considérable. La preuve contenue sur la bande est tellement claire et solide qu'elle a apporté la preuve convaincante sur laquelle le juge du procès pouvait à bon droit fonder sa conclusion de fait que l'accusé était la personne figurant sur la bande. Il n'était pas nécessaire de corroborer la preuve fournie par la bande. Le fait que le commis du magasin ne pouvait pas identifier l'accusé n'est pas d'une grande importance. Le fait que le voleur ait sauvagement brandi un long couteau en direction du commis indique qu'il est très raisonnable de penser que la préoccupation première de ce dernier au moment du vol était sa survie et non l'identification du voleur.

Les juges Sopinka et Major (dissidents): Bien que les observations sensorielles du juge du procès, basées sur l'examen d'une bande vidéo et de l'apparence de l'accusé, constituent une preuve d'«identité» admissible pour appuyer un verdict de culpabilité, il ressort clairement de la preuve en l'espèce que le verdict rendu au procès était «déraisonnable» au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*. L'accusé a été déclaré coupable sur le fondement d'une preuve d'identification très faible, qui était minée par la déposition du seul témoin oculaire du ministère public.

Le juge du procès s'est fondée sur ses propres observations de la bande vidéo pour déclarer l'accusé coupable. Elle a fait ces observations après avoir visionné une seule fois la bande vidéo de 30 secondes. Elle n'a pas fait mention de caractéristiques particulières de

appearance of the accused and there was no confirmatory evidence supporting her observations of the video and the accused. Not only did the trial judge's observations not have any support in the evidence but, more importantly, her observations were contradicted by the evidence of the store clerk — the only person who actually witnessed the crime — who, despite his opportunity to view the accused and the tape in the courtroom, was unable to conclude that the accused was the man on the video. There was also evidence that, a few days after the robbery, the store clerk identified a person other than the accused as the more likely perpetrator of the crime. Further, it is significant that the trial judge's observations are entirely untested by cross-examination and they cannot be tested on appeal. In order to evaluate the reasonableness of the evidence upon which a trier of fact relies, a court of appeal must be able to examine all the evidence. All the assurances about the clarity of the video are of no avail if the court cannot see the person with whom the comparison is being made. The accused's conviction was thus based on evidence that amounted to no more than the untested opinion of the trial judge which was contradicted by other evidence that the trial judge did not reject. In the circumstances of this case, it was unreasonable for the trial judge to convict based on her opinion alone. In light of the inherent frailties of identification evidence, the accused's conviction rests on a shaky foundation and is unsafe and unsatisfactory. The verdict cannot be supported by the evidence.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; **referred to:** *R. v. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Dodson*, [1984] 1 W.L.R. 971; *R. v. Downey*, [1995] 1 Cr. App. R. 547.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. S. (P.L.), [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Quercia* (1990), 60 C.C.C. (3d) 380; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241.

l'homme sur la bande vidéo qui correspondaient à l'apparence de l'accusé, et aucune preuve corroborante n'était ses observations de la bande vidéo et de l'accusé. Non seulement les observations du juge du procès ne trouvent aucun appui dans la preuve, mais, fait plus important, ses observations ont été contredites par la déposition du commis du magasin — seule personne à avoir concrètement été témoin du crime — qui, malgré la possibilité qu'il a eue d'examiner l'accusé et la bande dans la salle d'audience, a été incapable de conclure que l'accusé était l'homme apparaissant sur la bande vidéo. Il a également été prouvé que, quelques jours après le vol, le commis du magasin a identifié une autre personne que l'accusé comme étant plus vraisemblablement l'auteur du crime. De plus, il est important de signaler que les observations du juge du procès n'ont aucunement subi l'épreuve du contre-interrogatoire et qu'elles ne peuvent pas être contrôlées en appel. Pour évaluer le caractère raisonnable de la preuve sur laquelle le juge des faits s'appuie, une cour d'appel doit être capable d'examiner l'ensemble de la preuve. Toutes les assurances données au sujet de la clarté de la bande vidéo sont inutiles si la cour ne peut pas voir la personne avec laquelle la comparaison est établie. La déclaration de culpabilité de l'accusé était donc fondée sur une preuve qui n'était rien de plus que l'opinion non contrôlée du juge du procès, opinion qui a été contredite par d'autres éléments de preuve que le juge du procès n'a pas rejetés. Dans les circonstances de l'espèce, il était déraisonnable que le juge du procès fonde la déclaration de culpabilité sur sa seule opinion. Compte tenu des faiblesses inhérentes à la preuve d'identification, la déclaration de culpabilité de l'accusé repose sur des fondements peu solides et elle est imprudente et insatisfaisante. Le verdict ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Dodson*, [1984] 1 W.L.R. 971; *R. c. Downey*, [1995] 1 Cr. App. R. 547.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. S. (P.L.), [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Quercia* (1990), 60 C.C.C. (3d) 380; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 676, 73 O.A.C. 258, 92 C.C.C. (3d) 37, 34 C.R. (4th) 98, allowing the accused's appeal and setting aside his conviction for robbery. Appeal allowed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

David Butt, for the appellant.

John Collins, for the respondent.

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

CORY J. — Can a videotape alone provide the necessary evidence to enable the trier of fact to identify the accused as the perpetrator of the crime? That is the question that must be resolved on this appeal.

I. Factual Background

In 1991, during the early morning hours of May 13, Mahmood Wahabzada was the sole employee in a Mac's Milk store. At about 2:00 a.m., a man armed with a knife entered the store and ordered him to open the cash register. Mr. Wahabzada complied. The robber took some \$230 from the register and fled. The store clerk described the robber to the police as hefty with a strong build, blond hair, a mustache and taller than his own height of 175 centimetres. He could not recall the clothes worn by the robber. As he explained at the trial "You know that time is a very panic time. One cannot remember everything". Two days after the robbery, the store clerk was shown photos of 12 men. He suspected three of the men shown, one of whom was the respondent (accused). At the trial, he testified that he thought

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)].

Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 676, 73 O.A.C. 258, 92 C.C.C. (3d) 37, 34 C.R. (4th) 98, qui a accueilli l'appel de l'accusé et annulé sa déclaration de culpabilité pour vol qualifié. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

David Butt, pour l'appelante.

John Collins, pour l'intimé.

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

LE JUGE CORY — Une bande vidéo peut-elle, à elle seule, apporter la preuve nécessaire pour permettre au juge des faits d'identifier l'accusé comme étant l'auteur du crime? Voilà la question qui doit être tranchée dans le présent pourvoi.

I. Les faits

Aux premières heures du 13 mai 1991, Mahmood Wahabzada était le seul employé présent dans un établissement Mac's Milk. Vers 2 h, un homme armé d'un couteau est entré dans l'établissement et lui a ordonné d'ouvrir la caisse enregistreuse. M. Wahabzada s'est exécuté. Le voleur s'est emparé d'environ 230 \$ dans la caisse et il a pris la fuite. Le commis du magasin a déclaré aux policiers que le voleur était costaud, qu'il avait une forte carrure, des cheveux blonds, une moustache et qu'il mesurait plus de 175 centimètres, soit sa taille à lui. Il ne se souvenait pas des vêtements que portait le voleur. Comme il l'a expliqué au procès: [TRADUCTION] «Vous savez, à ce moment-là, j'étais vraiment pris de panique. On ne peut se rappeler de tout». Deux jours après le vol, les policiers ont montré au commis du magasin des photos

that the man shown in photograph number 8, who was not the respondent, could be the robber but he was only 25 to 30 percent sure. He said that when he was first shown the photos he could be no more definite than to say that he “mostly” suspected photograph number 8.

3 The police officers gave evidence that when he was shown the photos the store clerk exclaimed “that’s him” when looking at photo number 6 (which was of the respondent) or “He looks just like him” referring to the same photo, but added “He looks a bit like him also” when referring to photo number 8.

4 The Crown introduced as evidence the videotape of the robbery, recorded by the store security camera. The store clerk testified that it showed all of the robbery. At the conclusion of the review of the videotape, the clerk was asked if the man who robbed him was in court, to which he replied that he did not think so.

5 A detective who had known the respondent for some years was present at the time of his arrest. He testified that the respondent then had a sparse mustache covering the upper part of his lip, which was not present on the day of the trial. In cross-examination, the officer acknowledged that the respondent had denied committing the robbery and said that he’d been home with his mother and brother. The defence did not present any evidence.

II. The Courts Below

A. *Judgment at Trial*

6 It is necessary in this appeal to set out some of the discussions which took place between counsel for the defence during his submissions and the trial judge as well as portions of the reasons. Counsel

de 12 hommes. Il soupçonnait trois des hommes apparaissant sur les photos, dont l’un était l’intimé (l’accusé). Au procès, il a témoigné qu’il croyait que l’homme sur la photo numéro 8, qui n’était pas l’intimé, pouvait être le voleur, mais il n’en était certain que dans une proportion de 25 à 30 pour 100. Il a affirmé que, lorsque les photos lui ont été montrées pour la première fois, l’affirmation la plus catégorique qu’il avait pu faire avait été qu’il soupçonnait [TRADUCTION] «surtout» l’homme apparaissant sur la photo numéro 8.

Les policiers ont témoigné que, lorsque les photos ont été montrées au commis du magasin, celui-ci s’est exclamé: [TRADUCTION] «c’est lui» en regardant la photo numéro 6 (qui était celle de l’intimé) ou [TRADUCTION] «Il ressemble exactement à celui-là» en parlant de la même photo, mais qu’il a ajouté: [TRADUCTION] «Il ressemble également un peu à celui-là» en indiquant la photo numéro 8.

Le ministère public a présenté en preuve la bande vidéo du vol qualifié, enregistrée par la caméra du système de sécurité du magasin. Le commis du magasin a témoigné que la bande montrait tout le vol. À la fin du visionnement de la bande vidéo, on a demandé au commis si le voleur se trouvait dans la salle d’audience, ce à quoi il a répondu qu’il pensait que non.

Un détective qui connaissait l’intimé depuis quelques années était présent au moment de l’arrestation de ce dernier. Il a témoigné que l’intimé portait alors une moustache peu fournie, qui couvrait la partie supérieure de la lèvre, moustache qu’il n’avait plus le jour du procès. En contre-interrogatoire, l’agent a reconnu que l’intimé avait nié avoir commis le vol et avait dit qu’il se trouvait à la maison en compagnie de sa mère et de son frère. La défense n’a présenté aucune preuve.

II. Les juridictions inférieures

A. *Le jugement rendu au procès*

Dans le présent pourvoi, il est nécessaire de rapporter certains des échanges entre le juge du procès et l’avocat de la défense durant ses plaidoiries, ainsi que des passages des motifs de jugement du

for the respondent cautioned the trial judge of the frailties of eyewitness identification. In response and as part of her reasons, the trial judge stated:

I have directed my mind, but what about that video tape? I mean the video tape does away with a lot of the frailty of identification by a witness who said to me he was frightened, he was nervous, he couldn't recall some of it. And look at the tape. The tape doesn't lie.

. . .

... a movie showing the robbery being committed is surely one of the best forms of evidence you've got. And not only was the movie — the man's face was practically in front of the screen.

. . .

I looked at that video, and I looked at it very carefully, and I can honestly tell you there is no doubt in my mind that the man who committed that robbery on that video was your client.

. . .

As I said earlier, I've directed myself to all the frailties of the I.D. cases. And over my years as counsel, I know I was involved in a number where it was a serious issue, and I'm well aware of all of it, and the reason behind the case law.

And a lot of the reasons for those frailties are the very things that exist in this case. An act of violence, which happens quickly and unexpectedly to a victim who is terrified.

At best he could say that Photograph 6 looked like, and he also pointed to 8 and to 11. He said quite bluntly: I was afraid. I can't remember all. He also doesn't have English as a first language.

Now, I've seen video tapes in the past that have been grainy, where the lighting hasn't been good, where there's no clear view over a period of time of the robbery and of the perpetrator.

premier. L'avocat de l'intimé a mis le juge du procès en garde contre les faiblesses de l'identification par des témoins oculaires. En réponse à cette remarque, le juge du procès a dit ceci dans ses motifs:

[TRADUCTION] Je me suis posé la question suivante, mais qu'en est-il de cette bande vidéo? Ce que je veux dire, c'est que la bande vidéo élimine en grande partie la faiblesse de l'identification faite par un témoin qui m'a affirmé qu'il était effrayé, qu'il était nerveux, qu'il ne pouvait pas se souvenir de certains détails. Et regardez la bande. Elle ne ment pas.

. . .

... un film qui montre un vol en train de se dérouler est sûrement l'une des meilleures formes de preuve qu'on puisse trouver. Et non seulement il y avait le film — mais le visage de l'homme se trouvait pratiquement devant l'écran.

. . .

J'ai regardé la bande vidéo, je l'ai regardée très attentivement, et je puis vous dire honnêtement qu'il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'homme qui a commis le vol sur cette bande vidéo était votre client.

. . .

Comme je l'ai dit précédemment, je me suis remémoré toutes les faiblesses des cas d'identification de prévenus. Durant les années où j'ai pratiqué le droit en tant qu'avocate, je le sais car j'ai participé à un certain nombre de cas où c'était une question litigieuse importante, je suis bien consciente de tout cela, ainsi que de la raison qui sous-tend la jurisprudence.

Et bon nombre des raisons de ces faiblesses sont les faits mêmes qui existent en l'espèce. Un acte de violence, qui arrive rapidement et à l'improviste à une victime terrorisée.

Au mieux, il pouvait dire que la photo n° 6 était ressemblante, et il a aussi indiqué les photos nos 8 et 11. Il a dit très franchement: J'avais peur. Je ne peux me souvenir de tout. De plus, l'anglais n'est pas sa langue maternelle.

Par le passé, j'ai vu des bandes vidéo grenues, dans lesquelles l'éclairage n'était pas bon, où l'on ne voyait pas clairement, pendant une certaine période, ni le vol ni son auteur.

This particular video tape is very clear. The lighting is very good. The man is in the camera for long enough to make a careful observation. And the issue of beyond a reasonable doubt is when I'm obliged to make a decision, and I cannot ignore what my eyes tell me, and my eyes tell me, and there's no dispute this isn't a video tape of the robbery, that the person who committed that robbery is Mr. Nikolovski, and I can't ignore that. . . .

It would be mere speculation for me to say, there's one chance in a million he's got an absolute twin running around, who happened to rob that store, that's getting into the realm of speculation at that point.

The trial judge concluded, without calling upon the Crown:

. . . I think we've beaten this to death. . . . I'm satisfied that the robbery was committed by your client. I'm satisfied on looking at that tape that that's him and he's convicted.

B. *The Court of Appeal*

⁷ The Court of Appeal allowed the appeal, quashed the conviction and entered the acquittal of the respondent: (1994), 19 O.R. (3d) 676, 73 O.A.C. 258, 92 C.C.C. (3d) 37, 34 C.R. (4th) 98.

⁸ Arbour J.A., on behalf of a unanimous court, agreed with the trial judge that the videotape was of very good quality and that the image was sharp and clear. She observed as well that there was no doubt that the videotape would permit a comparison to be made between the robber and the accused appearing before the trial judge.

⁹ However, she was doubtful whether a prosecution could be successful where identification evidence was made solely on the basis of a photograph or videotape without confirmatory evidence from a witness linking the accused to the crime. She observed that no one identified the respondent as the man in the videotape, except the trial judge. She expressed the view that the Crown ought to have called the detective who had known the respondent for some years to testify as to whether

La bande vidéo en l'espèce est très claire. L'éclairage est très bon. L'homme se trouve dans le champ de la caméra assez longtemps pour qu'on puisse l'observer attentivement. Et la question de la conviction hors de tout doute raisonnable se pose lorsque je suis obligée de rendre une décision, et je ne peux pas faire abstraction de ce que mes yeux me disent, et mes yeux me disent — d'ailleurs, personne ne prétend qu'il ne s'agit pas d'une bande vidéo du vol — que la personne qui a commis le vol est M. Nikolovski, et je ne peux pas faire abstraction de ce fait. . . .

Ce ne serait que pure conjecture de ma part de dire qu'il y a une chance sur un million qu'il ait un jumeau identique qui rôde dans les environs et qui aurait justement volé le magasin en question, nous entrons dans le domaine de la conjecture à ce moment-là.

Le juge du procès a conclu, sans inviter le ministère public à prendre la parole:

[TRADUCTION] . . . je pense que nous avons épuisé la question [. . .] Je suis convaincue que le vol a été commis par votre client. Je suis convaincue, en regardant cette bande, que c'est lui, et il est déclaré coupable.

B. *La Cour d'appel*

La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et prononcé l'acquiescement de l'intimé: (1994), 19 O.R. (3d) 676, 73 O.A.C. 258, 92 C.C.C. (3d) 37, 34 C.R. (4th) 98.

Madame le juge Arbour a dit, au nom de la cour à l'unanimité, qu'elle était d'accord avec le juge du procès que la bande vidéo était de très bonne qualité et que l'image était nette et claire. Elle a noté également qu'il ne faisait pas de doute que la bande vidéo permettait de comparer le voleur et l'accusé qui se trouvait devant le juge du procès.

Toutefois, elle a dit douter que des poursuites pourraient être intentées avec succès lorsque la preuve d'identification repose uniquement sur une photo ou une bande vidéo, sans une déposition corroborante d'un témoin rattachant l'accusé au crime. Elle a fait remarquer que personne, sauf le juge du procès, n'a identifié l'intimé comme étant l'homme apparaissant sur la bande vidéo. Elle a exprimé l'avis que le ministère public aurait dû faire témoigner le détective qui connaissait

the person on the videotape and the respondent were one and the same.

Thus, the court determined that, although the trial judge was not in error in reaching her conclusion on the basis of the videotape evidence, it still remained to be decided whether the conviction was unreasonable. On this issue, Arbour J.A. stated (at pp. 690-91 O.R.):

In a case such as this one where the identification is made exclusively by the trier of fact and has no other support in the evidence, and operating within the constraints of appellate review that such a record creates, I can only conclude that the conviction is unreasonable. . . .

The videotape was properly entered as an exhibit at trial after the witness identified it as depicting accurately the scene of the robbery, and the trial judge would have been entitled to examine the videotape to assess the credibility of the identification evidence based on the videotape, had there been any. However, in my view the trial judge should not have relied solely on her own comparison between the appearance of the person on the videotape and the appearance of the accused in court to reach a conclusion that had no other foundation in the evidence. In all the circumstances, I consider that this amounts to an unsafe verdict. [Emphasis added.]

Therefore, it appears to be the opinion of the Court of Appeal that corroboration by a witness that the person shown in the videotape is the accused is essential and its absence is fatal to the case.

III. Issues to Be Resolved

1. Can a trier of fact identify the accused before the court as the perpetrator of the crime on the basis of a viewing of the videotape alone without any corroborating testimony that the accused is the person depicted in the tape?
2. On the facts presented in this case, did the trial judge err in identifying and convicting the

l'intimé depuis quelques années pour qu'il dise si l'individu sur la bande vidéo et l'intimé étaient une seule et même personne.

La cour a donc décidé que, même si le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en fondant sa conclusion sur la preuve par bande vidéo, il restait néanmoins à déterminer si la déclaration de culpabilité était déraisonnable. À ce sujet, le juge Arbour a dit ceci (aux pp. 690 et 691 O.R.):

[TRADUCTION] Dans une affaire comme celle qui nous intéresse, où l'identification est faite exclusivement par le juge des faits et n'est pas étayée de quelque autre façon par la preuve, et compte tenu des contraintes qu'impose un tel dossier à la juridiction d'appel, je ne peux que conclure que la déclaration de culpabilité est déraisonnable . . .

La bande vidéo a, à bon droit, été présentée comme pièce à conviction au procès après que le témoin a affirmé qu'elle décrivait adéquatement la scène du vol, et le juge du procès aurait eu le droit d'examiner la bande vidéo afin d'apprécier la crédibilité d'une preuve d'identification s'appuyant sur la bande vidéo, s'il y avait eu une telle preuve. Cependant, à mon avis, le juge du procès n'aurait pas dû se baser uniquement sur la comparaison qu'elle avait elle-même établie entre l'apparence de la personne sur la bande vidéo et celle de l'accusé se trouvant dans la salle d'audience pour arriver à une conclusion qui n'était pas étayée de quelque autre façon par la preuve. Compte tenu de toutes les circonstances, je considère que cela équivaut à un verdict imprudent. [Je souligne.]

Il semble donc que la Cour d'appel soit d'avis qu'il est essentiel qu'un témoin corrobore que la personne apparaissant sur la bande vidéo est l'accusé, et que l'absence d'une telle corroboration est fatale.

III. Les questions à trancher

1. Le juge des faits peut-il identifier l'accusé devant la cour comme étant l'auteur du crime, en se fondant uniquement sur le visionnement de la bande vidéo, sans témoignage corroborant que l'accusé est bien la personne figurant sur la bande?
2. À la lumière des faits présentés en l'espèce, est-ce que le juge du procès a commis une erreur en

10

11

12

accused solely on the basis of the videotape evidence?

identifiant l'accusé et en le déclarant coupable uniquement sur la foi de la preuve par bande vidéo?

IV. The Purpose of Evidence Adduced at Criminal Trials

IV. L'objectif de la preuve produite lors des procès criminels

¹³ The ultimate aim of any trial, criminal or civil, must be to seek and to ascertain the truth. In a criminal trial the search for truth is undertaken to determine whether the accused before the court is, beyond a reasonable doubt, guilty of the crime with which he is charged. The evidence adduced must be relevant and admissible. That is to say, it must be logically probative and legally receivable. The evidence may be that of eyewitnesses, or it may be circumstantial, including the production of physical evidence which is often termed "real evidence". In every criminal case, if there is to be conviction, the evidence must be sufficiently convincing that the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused.

L'objectif ultime d'un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité. Dans un procès criminel, on recherche la vérité afin de déterminer si l'accusé devant le tribunal est, hors de tout doute raisonnable, coupable du crime dont il est inculpé. La preuve produite doit être pertinente et admissible. C'est-à-dire qu'elle doit être probante sur le plan de la logique et recevable sur le plan juridique. La preuve peut émaner de témoins oculaires ou être circonstancielle, on peut également produire des éléments de preuve tangible, souvent appelés «preuve matérielle». Dans toute affaire criminelle, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, la preuve doit être suffisamment concluante pour que le juge des faits soit convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.

¹⁴ With the progress of scientific studies and advances in technology, evidence put forward particularly as to identification has changed over the years. The admission of new types of evidence is often resisted at first and yet, later accepted as commonplace and essential to the task of truth finding. Fingerprint evidence may be the first example of scientific evidence leading to identification. Similarly, blood typing with its ever increasing refinements can be extremely helpful in identification. DNA testing is yet another example. It must never be forgotten that evidence of this type can serve to establish innocence just as surely and effectively as it may establish guilt. The case of Guy-Paul Morin serves as a constant reminder of this.

Avec les progrès réalisés dans les domaines scientifiques et technologiques, la preuve présentée aux tribunaux, particulièrement en matière d'identification, a changé au fil des ans. Même si, au départ, il y a souvent une résistance à l'admission de nouvelles sortes de preuve, ces nouvelles preuves finissent par être acceptées et deviennent par la suite répandues et essentielles à la découverte de la vérité. La preuve par empreintes digitales est peut-être le premier exemple de preuve scientifique contribuant à l'identification. De même, le typage sanguin, avec ses raffinements incessants, peut être extrêmement utile en matière d'identification. Le test d'empreintes génétiques en est un autre exemple. Il ne faut jamais oublier que ce genre de preuve peut servir à établir l'innocence d'une personne tout aussi sûrement et efficacement que sa culpabilité. Le cas de Guy-Paul Morin nous le rappelle constamment.

V. The Evolution of the Use of Audio Tapes, Photographs and Videotapes as Evidence in Canada

V. L'évolution de l'utilisation des bandes audio, des photographies et des bandes vidéo comme moyens de preuve au Canada

It may be helpful to consider the evolution of the use of audio and video tape evidence in Canada. In *R. v. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13, at p. 32, the Court of Appeal for Ontario recognized that tape recordings are real evidence that had, as well, many of the characteristics of testimonial evidence. In *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, the use of audio tapes was considered by the same court. It found that it was the tapes themselves that constituted the evidence which should be considered by the jury. It emphasized that the tapes could provide cogent and convincing evidence of culpability or equally powerful and convincing evidence of innocence. It stressed that the members of the jury must have equipment available to them so that they could themselves listen to the tapes and reach their decision as to the weight that should be given to them. It was expressed in this way (at pp. 47-48 and 49):

It is true that the tapes themselves constitute the evidence which should be and must be considered by the jury. It is the tapes which will demonstrate not simply the words spoken by an accused or co-conspirator, but also the emphasis given to particular words and phrases and the tone of voice employed by the participants during the intercepted conversations. Upon hearing the tape, the jocular exclamation will be readily distinguishable from the menacing threat of violence. The tapes may provide cogent and convincing evidence of culpability or equally powerful and convincing evidence of innocence.

As well the necessary equipment must be made available so that the jury may listen to the tapes themselves. [Emphasis added.]

I agree with the reasoning and conclusion on this issue set out in *Pleich* and *Rowbotham*. A tape, particularly if it is not challenged as to its accuracy or continuity, can provide the most cogent evidence not only of the actual words used but in the manner in which they were spoken. A tape will very often have a better and more accurate recollection of the words used and the manner in which they were spoken than a witness who was a party to the conversation or overheard the words. As a

15
Il peut être utile d'examiner l'évolution de l'utilisation de la preuve par bande audio et par bande vidéo au Canada. Dans *R. c. Pleich* (1980), 55 C.C.C. (2d) 13, à la p. 32, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que les enregistrements sur bande magnétique sont des éléments de preuve matérielle, qui possèdent également de nombreuses caractéristiques de la preuve testimoniale. Dans *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, la même cour a étudié la question de l'utilisation des bandes audio. Elle a conclu que c'étaient les bandes elles-mêmes qui constituaient la preuve que devait examiner le jury. Elle a fait ressortir le fait que les bandes pouvaient apporter une preuve forte et convaincante tout autant de l'innocence que de la culpabilité. Elle a souligné qu'il faut mettre à la disposition des jurés le matériel nécessaire pour qu'ils puissent écouter les bandes par eux-mêmes et décider du poids qui doit leur être accordé. La Cour d'appel s'est exprimée ainsi (aux pp. 47 et 48, et à la p. 49):

[TRADUCTION] Il est vrai que les bandes elles-mêmes constituent la preuve qui devrait et doit être examinée par le jury. Ce sont les bandes qui vont démontrer non seulement quelles paroles ont été prononcées par l'accusé ou un cocomploteur, mais également l'emphase mise sur des expressions ou des mots particuliers ainsi que le ton de voix employé par les participants durant les conversations interceptées. L'audition de la bande permet de distinguer facilement l'exclamation facétieuse de la menace de violence. Les bandes peuvent fournir une preuve forte et convaincante tout autant de l'innocence que de la culpabilité.

De plus, il faut mettre à la disposition du jury le matériel nécessaire pour qu'il puisse écouter les bandes par eux-mêmes. [Je souligne.]

16
Je suis d'accord avec le raisonnement et la conclusion exposés à l'égard de cette question dans les arrêts *Pleich* et *Rowbotham*. Une bande, notamment si son exactitude ou sa continuité ne sont pas contestées, peut apporter la preuve la plus forte qui soit et ce non seulement des mots mêmes qui ont été utilisés mais également de la manière dont ils ont été prononcés. Très souvent, une bande rapportera bien mieux et avec une plus grande fidélité les mots utilisés et la manière dont ils ont été pro-

result of *Rowbotham*, the trier of fact in Ontario was very properly authorized to use his or her own senses in determining the weight that should be accorded to the evidence of an audio tape. There is no reason why this same reasoning should not be applied to videotapes.

17 The admission of videotapes as evidence seems to be a natural progression from audio tapes. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 768 and 774, this Court praised the evidence obtained from videotapes as a "milestone" contributing to the "triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories". In *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393, the main identification evidence against the accused was a videotape of the crime in progress and the testimony of five police officers. Although this Court held that the evidence of four of the police officers ought to have been excluded, it upheld the conviction of Leaney on the basis of the trial judge's own observations of the videotape and his comparison of the tape to the accused in the box. At page 415, McLachlin J., for the majority, stated:

Given the trial judge's clear statement that he arrived at his conclusion as to identity independently of the evidence of the police officers, their evidence assumes the character of mere surplusage, which does not vitiate the judge's conclusion that Leaney was one of the persons shown on the video screen. To put it another way, the judge, properly instructing himself, concluded beyond a reasonable doubt that Leaney participated in the break-in.

18 Similarly in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, L'Heureux-Dubé J., in concurring reasons, noted that the modern trend has been to admit all relevant and probative evidence and allow the trier of fact to determine the weight which should be given to that evidence, in order to arrive at a just result. She observed that this is most likely to be achieved when the decision makers have all the relevant probative information before them. She wrote at

noncés qu'un témoin qui a participé à la conversation ou qui les a entendus prononcer. Par suite de l'arrêt *Rowbotham*, le juge des faits en Ontario est autorisé à faire appel à ses propres sens pour déterminer le poids qu'il faut accorder à la preuve fournie par une bande audio. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer le même raisonnement aux bandes vidéo.

L'admission en preuve des bandes vidéo semble constituer une progression naturelle de l'admission des bandes audio. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, aux pp. 768 et 774, notre Cour a fait l'éloge de la preuve obtenue à partir de bandes vidéo comme étant une technique qui «a fait époque» et qui contribue au «triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux». Dans *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, la principale preuve d'identification contre l'accusé était une bande vidéo montrant le crime pendant qu'il se déroulait ainsi que les témoignages de cinq policiers. Même si notre Cour a conclu que les dépositions de quatre des policiers auraient dû être écartées, elle a confirmé la déclaration de culpabilité de Leaney en se fondant sur les observations de la bande vidéo par le juge du procès et sa comparaison entre la bande et l'accusé dans le box. À la page 415, le juge McLachlin, s'exprimant pour la majorité, a dit ceci:

En raison de l'affirmation catégorique du juge du procès qu'il est arrivé à sa conclusion sur l'identité indépendamment des dépositions des agents de police, leurs dépositions ont un caractère purement superfétatoire qui n'infirme pas la conclusion du juge que Leaney est l'une des personnes apparaissant à l'écran. Autrement dit, le juge par un raisonnement juste a conclu, hors de tout doute raisonnable, que Leaney avait participé à l'introduction par effraction.

De même, dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, le juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer, dans des motifs concordants, que la tendance actuelle est d'admettre toute preuve pertinente et probante et de laisser au juge des faits le soin de l'apprécier afin d'arriver à un résultat qui soit juste. Elle a signalé que ce résultat a le plus de chances d'être atteint lorsque les décideurs disposent de tous les renseignements probants et perti-

p. 455, that “[i]t would seem contrary to the judgments of our Court (*Seaboyer and B. (K.G.) . . .*) to disallow evidence available through technological advances, such as videotaping, that may benefit the truth seeking process”.

VI. Some Comparisons Between Videotape Evidence and that of Eyewitnesses

Thus the importance and usefulness of videotapes have been recognized. This is as it should be. The courts have long recognized the frailties of identification evidence given by independent, honest and well-meaning eyewitnesses. This recognized frailty served to emphasize the essential need to cross-examine eyewitnesses. So many factors come into play with the human identification witness. As a minimum it must be determined whether the witness was physically in a position to see the accused and, if so, whether that witness had sound vision, good hearing, intelligence and the ability to communicate what was seen and heard. Did the witness have the ability to understand and recount what had been perceived? Did the witness have a sound memory? What was the effect of fear or excitement on the ability of the witness to perceive clearly and to later recount the events accurately? Did the witness have a bias or at least a biased perception of the event or the parties involved? This foreshortened list of the frailties of eyewitness identification may serve as a basis for considering the comparative strengths of videotape evidence.

It cannot be forgotten that a robbery can be a terrifyingly traumatic event for the victim and witnesses. Not every witness can have the fictional James Bond’s cool and unflinching ability to act and observe in the face of flying bullets and flashing knives. Even Bond might have difficulty accurately describing his would be assassin. He

Elle a écrit, à la p. 455, qu’«[i]l semblerait contraire aux arrêts de notre Cour (*Seaboyer et B. (K.G.) . . .*) de refuser une preuve disponible grâce au progrès technologique, tel l’enregistrement magnétoscopique, et qui est susceptible de contribuer à la recherche de la vérité».

VI. Quelques comparaisons entre la preuve par bande vidéo et la preuve par témoins oculaires

L’importance et l’utilité des bandes vidéo ont donc été reconnues. Les choses sont comme elles doivent être. Les tribunaux ont depuis longtemps reconnu les faiblesses de la preuve d’identification fournie par des témoins oculaires indépendants, honnêtes et bien intentionnés. La reconnaissance de cette faiblesse a permis de faire ressortir le besoin essentiel de contre-interroger les témoins oculaires. Il y a tellement de facteurs qui entrent en jeu lorsque l’identification repose sur un humain. En effet, il faut au moins déterminer si le témoin était physiquement dans une position lui permettant de voir l’accusé et, dans l’affirmative, si ce témoin avait une bonne vue, une bonne ouïe, ainsi que l’intelligence et la capacité requises pour communiquer ce qu’il a vu et entendu. Le témoin avait-il la capacité de comprendre et de relater ce qu’il avait perçu? Le témoin avait-il une bonne mémoire? Quel effet ont eu la crainte ou l’énervement sur la capacité du témoin de percevoir clairement les événements et de les relater plus tard fidèlement? Le témoin avait-il un préjugé en ce qui concerne les événements ou les parties en cause, ou du moins une perception partielle de ceux-ci? On peut se fonder sur cette courte énumération des faiblesses de l’identification par témoin oculaire pour examiner les forces relatives de la preuve par bande vidéo.

Il ne faut pas oublier qu’un vol qualifié peut constituer un événement terriblement traumatisant pour la victime et les témoins. Ce ne sont pas tous les témoins qui possèdent le sang froid légendaire de James Bond et son indéfectible capacité d’observer la situation et d’agir en présence des balles qui sifflent et des lames de couteau qui brillent. Même Bond pourrait avoir de la difficulté à décrire avec précision ceux qui cherchent à l’assassiner. Il pourrait certes désirer ardemment que son agres-

certainly might earnestly desire his attacker's conviction and be biased in that direction.

21 The video camera on the other hand is never subject to stress. Through tumultuous events it continues to record accurately and dispassionately all that comes before it. Although silent, it remains a constant, unbiased witness with instant and total recall of all that it observed. The trier of fact may review the evidence of this silent witness as often as desired. The tape may be stopped and studied at a critical juncture.

22 So long as the videotape is of good quality and gives a clear picture of events and the perpetrator, it may provide the best evidence of the identity of the perpetrator. It is relevant and admissible evidence that can by itself be cogent and convincing evidence on the issue of identity. Indeed, it may be the only evidence available. For example, in the course of a robbery, every eyewitness may be killed yet the video camera will steadfastly continue to impassively record the robbery and the actions of the robbers. Should a trier of fact be denied the use of the videotape because there is no intermediary in the form of a human witness to make some identification of the accused? Such a conclusion would be contrary to common sense and a totally unacceptable result. It would deny the trier of fact the use of clear, accurate and convincing evidence readily available by modern technology. The powerful and probative record provided by the videotape should not be excluded when it can provide such valuable assistance in the search for truth. In the course of their deliberations, triers of fact will make their assessment of the weight that should be accorded the evidence of the videotape just as they assess the weight of the evidence given by *viva voce* testimony.

23 It is precisely because videotape evidence can present such very clear and convincing evidence of identification that triers of fact can use it as the sole basis for the identification of the accused

seur soit déclaré coupable et avoir un parti pris en ce sens.

À l'opposé, la caméra vidéo n'est jamais soumise à la pression. Pendant des événements tumultueux, elle continue d'enregistrer fidèlement et imperturbablement tout ce qui entre dans son champ. Bien que silencieuse, elle reste un témoin constant et impartial, capable de se rappeler instantanément et totalement de tout ce qu'il a observé. Le juge des faits peut revoir la preuve fournie par ce témoin silencieux aussi souvent qu'il le désire. La bande peut être stoppée pour étudier un moment critique dans l'action.

En autant que la bande vidéo est de bonne qualité et qu'elle donne une image claire des événements et de l'auteur du crime, elle peut fournir la meilleure preuve de l'identité de ce dernier. Il s'agit d'une preuve pertinente et admissible, qui peut constituer en soi une preuve forte et convaincante en ce qui a trait à l'identité. De fait, il est possible que ce soit la seule preuve disponible. Par exemple, il est possible qu'au cours d'un vol qualifié tous les témoins oculaires soient tués, mais malgré tout la caméra vidéo continuera résolument à enregistrer de manière impassible le vol et les gestes des voleurs. Devrait-il être interdit au juge des faits de recourir à la bande vidéo parce qu'il n'y a pas d'intermédiaire, en l'occurrence un témoin humain, qui vienne identifier l'accusé? Une telle conclusion irait à l'encontre du bon sens et constituerait un résultat tout à fait inacceptable. Cela empêcherait le juge des faits d'utiliser une preuve claire, fidèle, convaincante et facilement disponible grâce à la technologie moderne. Le compte rendu éloquent et probant fourni par la bande vidéo ne devrait pas être écarté lorsqu'il peut fournir une aide aussi valable dans la recherche de la vérité. Au cours de ses délibérations, le juge des faits évaluera le poids qui doit être accordé à la preuve apportée par la bande vidéo, tout comme il évalue le poids de la preuve fournie par des témoignages de vive voix.

C'est précisément parce que la preuve par bande vidéo peut présenter une preuve d'identification aussi claire et convaincante que le juge des faits peut se fonder uniquement sur celle-ci pour identi-

before them as the perpetrator of the crime. It is clear that a trier of fact may, despite all the potential frailties, find an accused guilty beyond a reasonable doubt on the basis of the testimony of a single eyewitness. It follows that the same result may be reached with even greater certainty upon the basis of good quality video evidence. Surely, if a jury had only the videotape and the accused before them, they would be at liberty to find that the accused they see in the box was the person shown in the videotape at the scene of the crime committing the offence. If an appellate court, upon a review of the tape, is satisfied that it is of sufficient clarity and quality that it would be reasonable for the trier of fact to identify the accused as the person in the tape beyond any reasonable doubt then that decision should not be disturbed. Similarly, a judge sitting alone can identify the accused as the person depicted in the videotape.

VII. Use of Photographic Evidence in Other Jurisdictions

A. *United Kingdom*

The question as to whether a jury could, without other evidence, use a photo taken by a security camera to identify the accused arose in *R. v. Dodson*, [1984] 1 W.L.R. 971 (C.C.A.). In that case it was unanimously held that the photographs were relevant and admissible evidence that could be used by the jury to identify the accused. The position was put in this way at pp. 978-79:

We entertain no doubt that photographs taken by the process installed and operated in the branch office of the building society are admissible in evidence. They are relevant to the issues as to (a) whether an offence was committed and (b) who committed it. What is relevant is, subject to any rule of exclusion — we know of none which is applicable to this situation, *prima facie* admissible. . . .

fier l'accusé devant lui comme étant l'auteur du crime. Il est évident que le juge des faits peut, malgré toutes les faiblesses potentielles d'une telle preuve, conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité d'un accusé en se fondant sur la déposition d'un seul témoin oculaire. Le même résultat peut être obtenu, et ce avec un degré de certitude encore plus élevé, en se fondant sur la preuve fournie par un enregistrement vidéo de bonne qualité. Si des jurés ne disposaient que d'une bande vidéo et de l'accusé devant eux, ils seraient sûrement libres de conclure que l'accusé qu'ils voient dans le box est la personne qui apparaît sur la bande vidéo et qu'on voit sur les lieux du crime en train de commettre l'infraction. Si, après avoir visionné la bande, un tribunal d'appel est convaincu qu'elle est d'une clarté et d'une qualité telles qu'il était raisonnable pour le juge des faits d'identifier, hors de tout doute raisonnable, l'accusé comme étant la personne apparaissant sur la bande, cette décision ne devrait pas être modifiée. De même, un juge siégeant seul peut identifier l'accusé comme étant la personne sur la bande vidéo.

VII. L'utilisation de la preuve photographique dans d'autres pays

A. *Royaume-Uni*

La question de savoir si un jury pouvait, en l'absence d'autre preuve, utiliser une photo prise par une caméra de sécurité afin d'identifier l'accusé s'est posée dans *R. c. Dodson*, [1984] 1 W.L.R. 971 (C.C.A.). Dans cet arrêt, il a été jugé à l'unanimité que les photos constituaient une preuve pertinente et admissible qui pouvait être utilisée par le jury pour identifier l'accusé. Cette opinion a été formulée ainsi, aux pp. 978 et 979:

[TRADUCTION] Nous n'avons aucun doute que les photos prises au moyen du système installé dans la succursale de la société de construction sont admissibles en preuve. Elles sont pertinentes à l'égard des questions de savoir a) si une infraction a été commise et b) qui l'a commise. Ce qui est pertinent est *prima facie* admissible, sous réserve des règles d'exclusion — et nous n'en connaissons aucune qui soit applicable à la présente situation. . . .

Moreover, we reject the attempt here made to persuade this court to prevent a jury from looking at photographs taken by means of this technique, looking at a defendant in the dock and then to conclude if it be safe to do so that the man in the dock is the man shown in the photographs.

It is, however, imperative that a jury is warned by a judge in summing up of the perils of deciding whether by this means alone or with some form of supporting evidence a defendant has committed the crime alleged. According to the quality of photographs, change of appearance in a defendant and other considerations which may arise in a trial, the jury's task may be rendered difficult or simple in bringing about a decision either in favour of or against a defendant. So long as the jury having been brought face to face with these perils are firmly directed that to convict they must be sure that the man in the dock is the man in the photograph, we envisage no injustice arising from this manner of evaluating evidence with the aid of what the jurors' eyes tell them is a fact which they are sure exists. [Emphasis added.]

25

These conclusions were repeated and affirmed by the same court in *R. v. Downey*, [1995] 1 Cr. App. R. 547. Thus the English courts have come to the conclusion that photographic evidence may, without more, be considered by a trier of fact in determining whether the accused before them is the person appearing in the photograph. In my view, there cannot be any distinction between a still photograph and a videotape. Indeed, a videotape may well provide stronger evidence than a still photograph.

B. *United States of America*

26

The current edition of Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 3 (Chadbourn rev. 1970), § 790) indicates a change in the position of the writers of the text. Earlier editions took the position that the photograph may be admissible only as the testimony of a qualified eyewitness who, instead of giving a verbal description of what the picture portrays, adopts it as a substitute for his or her description. This was known as the "pictorial testimony" theory of photographs. However, with the

De plus, nous rejetons la tentative qui est faite en l'espoir en vue de persuader la cour d'empêcher les jurés de regarder les photos prises au moyen de cette technique, puis de regarder le défendeur dans le box et ensuite de conclure, s'il est sûr de le faire, que l'homme dans le box est bien celui qui apparaît sur les photos.

Il est toutefois impératif que les jurés soient informés par le juge, dans son résumé, du danger qu'il y a de décider si le défendeur a commis le crime reproché, en recourant à ce moyen seul ou avec une certaine forme de preuve à l'appui. Compte tenu de la qualité des photos, du changement d'apparence du défendeur et d'autres considérations qui peuvent entrer en jeu dans un procès, la tâche du jury de rendre une décision favorable ou défavorable au défendeur peut être rendue difficile ou simple. Dans la mesure où des jurés exposés à ce danger ont été bien avertis que, pour déclarer quelqu'un coupable, ils doivent être certains que l'homme dans le box des accusés est bien celui qui apparaît sur la photo, nous pensons qu'il ne résulte aucune injustice de cette manière d'évaluer la preuve avec l'aide de ce que les yeux des jurés leur révèlent être un fait dont ils sont sûrs de l'existence. [Je souligne.]

Ces conclusions ont été réitérées et confirmées par la même cour dans l'arrêt *R. c. Downey*, [1995] 1 Cr. App. R. 547. Ainsi, les tribunaux anglais sont arrivés à la conclusion qu'une preuve photographique peut, sans autre chose, être prise en considération par le juge des faits pour déterminer si l'accusé devant eux est bien la personne apparaissant sur la photo. À mon avis, on ne saurait faire de distinction entre une photo et une bande vidéo. De fait, il est bien possible qu'une bande vidéo fournisse une preuve plus solide qu'une photo.

B. *États-Unis d'Amérique*

L'édition actuelle de Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 3 (Chadbourn rev. 1970), § 790) indique que les auteurs du texte ont modifié leur position. Dans les éditions précédentes, on affirmait que les photos n'étaient admissibles qu'en tant que déposition d'un témoin oculaire qualifié qui, au lieu de décrire de vive voix ce que l'image représente, adoptait celle-ci en remplacement de sa description. Cette position était connue sous le nom de théorie du «témoignage par images photo-

advances in the art of photography and an increasing awareness of the evidentiary uses of photographs, the Wigmore text now recognizes that once there is an adequate assurance of the accuracy of the process producing the picture, the photograph should be received as a so-called silent witness or as a witness which “speaks for itself”. The text puts the position in this way at pp. 219-21:

These consequences remain to be more fully considered. It is sufficient to note at this point that, by universal judicial concession, a map, model, or diagram, takes an evidential place simply as a non-verbal mode of expressing a witness’ testimony. . . .

Upon like principles a photograph may be admissible as the testimony of a qualified witness who instead of verbalizing his knowledge of what the picture portrays, adopts it as a substitute for description with words.

. . . .

This theory which has been aptly dubbed the “pictorial testimony theory of photographs”, was advanced in prior editions of this work as the only theoretical basis which could justify the receipt of photographs in evidence. With later advancements in the art of photography, however, and with increasing awareness of the manifold evidentiary uses of the products of the art, it has become clear that an additional theory of admissibility of photographs is entitled to recognition. Thus, even though no human is capable of swearing that he personally perceived what a photograph purports to portray (so that it is not possible to satisfy the requirements of the “pictorial testimony” rationale) there may nevertheless be good warrant for receiving the photograph in evidence. Given an adequate foundation assuring the accuracy of the process producing it, the photograph should then be received as a so-called silent witness or as a witness which “speaks for itself.”

The demands of this theory for recognition and the inadequacies of the older view to meet the modern

graphiques». Cependant, compte tenu des progrès réalisés dans l’art de la photographie et du fait que les photos sont de plus en plus utilisées en preuve, l’ouvrage de Wigmore reconnaît maintenant que, lorsqu’il existe une garantie suffisante de la fidélité du processus de production de l’image, la photo devrait être reçue en tant que témoin dit silencieux ou témoin qui «parle par lui-même». Cette position est exprimée ainsi dans l’ouvrage, aux pp. 219 à 221:

[TRADUCTION] Ces conséquences devront être étudiées de manière plus approfondie. À ce moment-ci, il suffit de signaler que, en matière de preuve, de par le fait d’une concession faite universellement par les tribunaux, les cartes, maquettes ou diagrammes jouent simplement le rôle de mode non verbal de communication de la déposition d’un témoin. . .

Sur le fondement de principes analogues, une photo peut être admissible en tant que déposition d’un témoin qualifié qui, au lieu de verbaliser ce qu’il connaît de ce que l’image représente, adopte celle-ci en lieu et place d’une description verbale.

. . . .

Cette théorie, qui a avec justesse été appelée la «théorie du témoignage par images photographiques» a été avancée dans des éditions antérieures du présent ouvrage comme étant le seul fondement théorique susceptible de justifier l’admission de photos en preuve. Cependant, compte tenu des progrès réalisés depuis dans l’art de la photographie et du fait qu’on connaît de plus en plus les multiples utilisations qui sont faites, en preuve, des produits de cet art, il est devenu évident qu’il était justifié de reconnaître une autre théorie de l’admissibilité des photos. Par conséquent, même si personne n’est en mesure de venir déclarer sous serment avoir perçu personnellement ce qu’une photo est censée représenter (de sorte qu’il n’est pas possible de satisfaire aux exigences de la justification du «témoignage par l’image»), il peut néanmoins y avoir une bonne raison d’admettre la photo en preuve. S’il existe une garantie suffisante de la fidélité du processus de production de la photo, celle-ci devrait alors être admise en tant que témoin dit silencieux ou témoin qui «parle par lui-même».

La nécessité de reconnaître cette théorie et l’incapacité de l’ancienne à répondre aux besoins actuels de la

needs of forensic proof are tellingly put in the following forceful opinion:

Peters J., in *People v. Bowley*, 59 Cal. 2d 855, 859, 382 P.2d 591, 594, 31 Cal. Rptr. 471, 474-475 (1963): According to Professor Wigmore, a photograph is no more than the nonverbal expression of the witness upon whose foundation testimony its authenticity rests. (3 Wigmore, *Evidence* (3d ed. 1940) §790, pp. 174-175; *ibid.* §792, p. 178; *ibid.* §793, p. 186. See *International Union etc. v. Russell*, 264 Ala. 456, 88 So. 2d 175, 186, 62 A.L.R.2d 669.) It is merely that witness' testimony in illustrated form; a "pictorial communication of a qualified witness who uses this method of communication instead of or in addition to some other method." (3 Wigmore, *Evidence* (3d ed. 1940) §793, p. 186.) . . .

Other authorities disagree. They urge that once a proper foundation has been established as to the accuracy and authenticity of a photograph, "it speaks with a certain probative force in itself." (Scott, *Photographic Evidence* (1942) §601, p. 476.) "(P)hotographs may, under proper safeguards, not only be used to illustrate testimony, but also as photographic or silent witnesses who speak for themselves. . . . (A) picture taken with adequate equipment under proper conditions by a skilled photographer is itself substantive evidence to be weighed by the jury." (Gardner, *The Camera Goes to Court* (1946) 24 N.C.L. Rev. 233, 245. See *State v. Goyet*, 120 Vt. 12, 132 A.2d 623, 631; *A. & N. Dept. Stores v. Retail etc.* [1950] 2 D.L.R. 850; *McKelvey, Evidence* (5th ed. 1944) 663-664.)

Until now, this court has not been called upon to state the theory upon which photographs are admitted into evidence. (See Comment, 8 *Hastings L.J.* (1957) 310.) In doing so we recognize that photographs are useful for different purposes. When admitted merely to aid a witness in explaining his testimony they are, as Wigmore states, nothing more than the illustrated testimony of that witness. But they may also be used as probative evidence of what they depict. Used in this manner they take on the status of independent "silent" witnesses. (See *McKelvey, Evidence* (5th ed. 1944) §379, p. 668).

preuve en matière judiciaire sont exprimées de façon éloquente dans la vigoureuse opinion qui suit:

Le juge Peters, dans *People c. Bowley*, 59 Cal. 2d 855, 859, 382 P.2d 591, 594, 31 Cal. Rptr. 471, 474-475 (1963): Selon le professeur Wigmore, une photo n'est rien de plus que l'expression non verbale du témoin sur la preuve testimoniale duquel repose son authenticité. (3 Wigmore, *Evidence* (3^e éd. 1940) §790, pp. 174 et 175; *ibid.* §792, p. 178; *ibid.* §793, p. 186. Voir *International Union etc. c. Russell*, 264 Ala. 456, 88 So. 2d 175, 186, 62 A.L.R.2d 669.) Il s'agit simplement de la déposition de ce témoin sous forme illustrée; la «communication par l'image d'un témoin qualifié qui utilise ce mode de communication au lieu ou en plus de quelque autre méthode.» (3 Wigmore, *Evidence* (3^e éd. 1940) §793, p. 186.) . . .

D'autres auteurs et d'autres tribunaux ne sont pas d'accord. Ils insistent sur le fait que, une fois qu'a été établi un fondement adéquat quant à la fidélité et à l'authenticité de la photo, «celle-ci parle par elle-même avec une certaine force probante.» (Scott, *Photographic Evidence* (1942) §601, p. 476.) «(L)es photos peuvent, sous réserve de garanties appropriées, être utilisées non seulement pour illustrer un témoignage mais également en tant que témoins photographiques ou témoins silencieux parlant par eux-mêmes . . . (L)a photo prise avec du matériel adéquat, dans de bonnes conditions par un photographe professionnel constitue elle-même une preuve de fond qui doit être appréciée par les jurés.» (Gardner, *The Camera Goes to Court* (1946) 24 N.C.L. Rev. 233, 245. Voir *State c. Goyet*, 120 Vt. 12, 132 A.2d 623, 631; *A. & N. Dept. Stores c. Retail etc.* [1950] 2 D.L.R. 850; *McKelvey, Evidence* (5^e éd. 1944) 663 et 664.)

Jusqu'à maintenant, notre cour n'a pas été appelée à exposer la théorie en vertu de laquelle les photos sont admises en preuve. (Voir Comment, 8 *Hastings L.J.* (1957) 310.) En le faisant, nous reconnaissons que les photos servent à diverses fins. Lorsqu'elles sont admises simplement pour aider un témoin à expliquer sa déposition, elles ne constituent, comme le dit Wigmore, rien de plus que la déposition illustrée de ce témoin. Mais elles peuvent également être utilisées en tant que preuve probante de ce qu'elles décrivent. Utilisées de cette manière, elles revêtent le statut de témoins «silencieux» indépendants. (Voir *McKelvey, Evidence* (5^e éd. 1944) §379, p. 668).

There is no reason why a photograph or film, like an X-ray, may not, in a proper case, be probative in itself. To hold otherwise would illogically limit the use of a device whose memory is without question more accurate and reliable than that of a human witness. It would exclude from evidence the chance picture of a crowd which on close examination shows the commission of a crime that was not seen by the photographer at the time. It would exclude from evidence pictures taken with a camera set to go off when a building's door is opened at night. (See Scott, Photographic Evidence (1942) §197, pp. 211-213; Crim.L.Rev. [1957] p. 708.) We hold, therefore, that a photograph may, in a proper case, be admissible into evidence not merely as illustrated testimony of a human witness but as probative evidence in itself of what it shows. [Underlining added.]

Thus, it is apparent that there is in the United Kingdom and in the United States strong support for the position advanced in these reasons.

VIII. Summary of the Positions as to the First Issue (the Use That Can Be Made of Photographs or Videotape)

Once it is established that a videotape has not been altered or changed, and that it depicts the scene of a crime, then it becomes admissible and relevant evidence. Not only is the tape (or photograph) real evidence in the sense that that term has been used in earlier cases, but it is to a certain extent, testimonial evidence as well. It can and should be used by a trier of fact in determining whether a crime has been committed and whether the accused before the court committed the crime. It may indeed be a silent, trustworthy, unemotional, unbiased and accurate witness who has complete and instant recall of events. It may provide such strong and convincing evidence that of itself it will demonstrate clearly either the innocence or guilt of the accused.

Il n'y a pas de raison qu'une photo ou un film, telle une radiographie, ne puisse pas, dans un cas approprié, être probant en soi. Conclure autrement aurait pour effet de limiter de façon illogique l'utilisation d'un dispositif dont la mémoire est sans aucun doute plus fidèle et plus fiable que celle d'un témoin humain. Cela écarterait de la preuve une photo montrant une foule, photo qui aurait été prise au hasard et dont l'examen attentif révélerait la perpétration d'un crime que le photographe n'aurait pas vu à l'époque. Cela écarterait de la preuve des photos prises au moyen de lentilles télescopiques. Cela écarterait de la preuve les photos prises par une caméra réglée pour se déclencher lorsque la porte d'un immeuble est ouverte la nuit. (Voir Scott, Photographic Evidence (1942) §197, pp. 211 à 213; Crim.L.Rev. [1957] p. 708.) Nous concluons donc qu'une photo peut, dans les cas appropriés, être admissible en preuve non pas seulement en tant que déposition illustrée d'un témoin humain mais en tant que preuve probante en elle-même de ce qu'elle montre. [Je souligne.]

En conséquence, il existe manifestement, au Royaume-Uni et aux États-Unis, des appuis solides en faveur de la position avancée dans les présents motifs.

VIII. Résumé des positions relatives à la première question (l'utilisation qui peut être faite de photos ou d'une bande vidéo)

Une fois qu'il est prouvé qu'une bande vidéo n'a pas été retouchée ou modifiée et qu'elle décrit la scène d'un crime, elle devient alors une preuve admissible et pertinente. Non seulement la bande (ou la photo) constitue-t-elle une preuve matérielle au sens où ce terme a été utilisé dans des arrêts antérieurs, mais elle est également, dans une certaine mesure, une preuve testimoniale. Elle peut et elle devrait être utilisée par le juge des faits pour déterminer si un crime a été commis et si c'est l'accusé qui est devant la cour qui en est l'auteur. Elle peut constituer en effet un témoin silencieux, fiable, impassible, impartial et fidèle, qui se rappelle intégralement et instantanément des événements. Elle peut fournir une preuve solide et convaincante qui, par elle-même, démontrera clairement l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

29 The weight to be accorded that evidence can be assessed from a viewing of the videotape. The degree of clarity and quality of the tape, and to a lesser extent the length of time during which the accused appears on the videotape, will all go towards establishing the weight which a trier of fact may properly place upon the evidence. The time of depiction may not be significant for even if there are but a few frames which clearly show the perpetrator that may be sufficient to identify the accused. Particularly will this be true if the trier of fact has reviewed the tape on several occasions and stopped it to study the pertinent frames.

30 Although triers of fact are entitled to reach a conclusion as to identification based solely on videotape evidence, they must exercise care in doing so. For example, when a jury is asked to identify an accused in this manner, it is essential that clear directions be given to them as to how they are to approach this task. They should be instructed to consider carefully whether the video is of sufficient clarity and quality and shows the accused for a sufficient time to enable them to conclude that identification has been proven beyond a reasonable doubt. If it is the only evidence adduced as to identity, the jury should be reminded of this. Further, they should be told once again of the importance that, in order to convict on the basis of the videotape alone, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that it identifies the accused.

31 The jury or trial judge sitting alone must be able to review the videotape during their deliberations. However, the viewing equipment used at that time should be the same or similar to that used during the trial. I would think that very often triers of fact will want to review the tape on more than one occasion.

32 A trial judge sitting alone must be subject to the same cautions and directions as a jury in consider-

Le poids qui doit être accordé à cette preuve peut être évalué en visionnant la bande vidéo. Le degré de clarté et la qualité de la bande, ainsi que, dans une moindre mesure, le temps durant lequel l'accusé apparaît sur la bande vidéo sont autant de facteurs qui serviront à déterminer le poids que le juge des faits peut à juste titre accorder à cette preuve. La durée de l'action sur la bande peut ne pas être un facteur important car, même s'il n'y a que quelques images montrant clairement l'auteur de l'infraction, cela peut être suffisant pour identifier l'accusé. Ce sera particulièrement vrai si le juge des faits a visionné la bande à plusieurs reprises et en a arrêté le défilement pour étudier les images pertinentes.

Bien que le juge des faits ait le droit de tirer une conclusion relativement à l'identification en se fondant uniquement sur la preuve par bande vidéo, il doit faire montre de prudence à cet égard. Par exemple, lorsqu'on demande à des jurés d'identifier un accusé de cette manière, il est essentiel de leur donner des directives claires quant à la façon dont ils doivent aborder cette tâche. Il faut leur dire d'examiner soigneusement la bande vidéo pour déterminer si elle est d'une clarté et d'une qualité suffisantes et si elle montre l'accusé pendant une période suffisante pour leur permettre de conclure que l'identification a été prouvée hors de tout doute raisonnable. S'il s'agit de la seule preuve produite relativement à l'identité de l'auteur du crime, il faudrait le rappeler aux jurés. De plus, il faudrait leur parler de nouveau de l'importance du fait que, pour déclarer l'accusé coupable sur la foi de la seule bande vidéo, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable qu'elle identifie l'accusé.

Les jurés ou le juge siégeant seul doivent avoir la possibilité de repasser la bande vidéo durant leurs délibérations. Toutefois, le matériel de visionnement utilisé à ce moment-là devrait être le même que celui utilisé au cours du procès ou être similaire. Je suis porté à croire que, très souvent, le juge des faits voudra revoir la bande plus d'une fois.

Le juge du procès siégeant seul est assujetti aux mêmes mises en garde et directives qu'un jury

ing videotape evidence of identification. It would be helpful if, after reviewing the tape, the trial judge indicated that he or she was impressed with its clarity and quality to the extent that a finding of identity could be based upon it. This courtesy would permit Crown or particularly defence counsel to call, for example, expert evidence as to the quality of the tape or evidence as to any changes in appearance of the accused between the taking of the videotape and the trial and to prepare submissions pertaining to identification based on the tape.

IX. Application of the Criteria Pertinent to Videotape in the Case at Bar

The Court of Appeal correctly recognized that the trial judge could properly consider the videotape, which they conceded was clear and of high quality. Despite this, they appear to have concluded that there had to be some corroboration of the tape itself before the trial judge could rely upon it to identify the accused. On this point, I must respectfully disagree.

I viewed the tape and it is indeed of excellent quality and great clarity. The accused is depicted for a significant period of time. At one point, it is almost as though there was a close-up of the accused taken specifically for identification purposes. There is certainly more than adequate evidence on the tape itself from which the trial judge could determine whether or not the person before her was the one who committed the robbery. The fact that the store clerk could not identify the accused is not of great significance. When the tape is viewed, it is easy to appreciate that the clerk might not have been able to properly focus upon the identity of the robber. The violent and savagely menacing jab made by the robber with a large knife directed towards the clerk suggests that self-preservation, not identification, may very reasonably have been the clerk's prime concern at the time of the robbery. Yet, the tape remained cool, collected, unbiased and accurate. It provides as clear a

lorsqu'il examine une preuve d'identification par bande vidéo. Il serait utile que le juge du procès, après avoir visionné la bande, indique qu'il a été impressionné par sa clarté et par sa qualité au point qu'on pourrait se fonder sur la bande pour tirer une conclusion quant à l'identité de l'auteur du crime. Ce geste de courtoisie permettrait au ministère public et tout particulièrement à l'avocat de la défense de présenter, par exemple, un témoignage d'expert au sujet de la qualité de la bande ou une preuve visant à faire état de tout changement dans l'apparence de l'accusé entre le moment où la bande vidéo a été tournée et le procès, et de préparer des observations ayant trait à l'identification fondée sur la bande.

IX. Application en l'espèce des critères relatifs aux bandes vidéo

La Cour d'appel a eu raison de reconnaître que le juge du procès pouvait à juste titre tenir compte de la bande vidéo, dont elle a admis la clarté et la grande qualité. Malgré tout, elle semble avoir conclu qu'il devait exister une certaine corroboration de la bande elle-même pour que le juge du procès puisse se fonder sur celle-ci pour identifier l'accusé. En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord sur ce point.

J'ai visionné la bande et elle est en effet d'une excellente qualité et d'une grande clarté. On y voit l'accusé pendant une période considérable. À un moment donné, il y a un gros plan de l'accusé qui semble avoir été pris spécifiquement à des fins d'identification. La bande elle-même renferme certainement une preuve plus que suffisante à partir de laquelle le juge du procès pouvait déterminer si la personne qu'elle avait devant elle était ou non celle qui avait commis le vol. Le fait que le commis du magasin ne pouvait pas identifier l'accusé n'est pas d'une grande importance. Lorsqu'on visionne la bande, on comprend facilement que le commis puisse ne pas avoir été en mesure de concentrer suffisamment son attention sur l'identité du voleur. Le fait que le voleur ait sauvagement brandi un long couteau en direction du commis indique qu'il est très raisonnable de penser que la préoccupation première de ce dernier au moment du vol était sa survie et non l'identification du

33

34

picture of the robbery today as it did when the traumatic events took place.

35 The evidence of the tape is of such clarity and strength that it was certainly open to the trial judge to conclude that the accused before her was the person depicted on the tape. The trial judge was aware of the difficulties and frailties of identification evidence and acknowledged them in her reasons. Nonetheless, she was entitled on the evidence before her to conclude beyond a reasonable doubt that the accused was guilty. There was no need for corroboration of this tape.

36 There was no suggestion that the tape had been tampered with or that it did not represent the commission of the crime. Indeed there was quite properly no objection to its admission. The videotape can and should speak for itself. It provided the convincing evidence upon which the trial judge could properly base her finding of fact that the accused was the person shown in the tape. The trial judge did not err in finding beyond a reasonable doubt that the accused was guilty of the robbery. It follows that I can find no basis upon which the Court of Appeal was justified in concluding that the decision of the trier of fact was unreasonable or unsafe.

37 I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the conviction of the respondent.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

38 SOPINKA J. (dissenting) — I have read the reasons of Cory J. and while I agree that the observation of the videotape by the trial judge who compared the videotape of the crime with the accused was evidence of identification, I agree with the unanimous decision of the Court of Appeal that, in the circumstances of this case, it was unreasonable

voleur. De son côté, cependant, l'appareil est resté calme, en possession de tous ses moyens, impartial et précis. L'image du vol que fournit la bande aujourd'hui est aussi claire qu'elle l'était au moment où les événements traumatisants sont survenus.

La preuve contenue sur la bande est tellement claire et solide qu'il était certes loisible au juge du procès de conclure que l'accusé devant elle était bien la personne sur la bande. Le juge du procès était consciente des difficultés que soulève la preuve d'identification et des faiblesses d'une telle preuve, et elle les a mentionnées dans ses motifs. Néanmoins, elle était justifiée, eu égard à la preuve dont elle disposait, de conclure hors de tout doute raisonnable que l'accusé était coupable. Il n'était pas nécessaire de corroborer la preuve fournie par la bande.

Personne n'a prétendu que la bande avait été trafiquée ou qu'elle ne représentait pas la perpétration du crime. De fait, il n'y a eu aucune objection à son admission en preuve. La bande vidéo peut et devrait parler par elle-même. Elle a apporté la preuve convaincante sur laquelle le juge du procès pouvait à bon droit fonder sa conclusion de fait que l'accusé était la personne figurant sur la bande. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant hors de tout doute raisonnable que l'accusé était coupable de vol qualifié. Il s'ensuit que je ne puis trouver aucune raison qui aurait justifié la Cour d'appel de conclure que la décision du juge des faits était déraisonnable ou imprudente.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du juge Cory et, bien que je sois d'accord pour dire que l'observation de la bande vidéo par le juge du procès qui a comparé la bande vidéo du crime avec l'accusé constituait une preuve d'identification, je souscris à la décision unanime de la Cour d'appel selon laquelle, dans

for the trial judge to convict based on her opinion alone. In order to arrive at this conclusion, it is necessary to review the evidence.

I. Facts

On May 13, 1991, at approximately 2:00 a.m., Mr. Mahmood Wahabzada was working alone at a Mac's Milk store when an individual entered the store and told him to open the cash register. The robber took about \$230 and left the store. The robber's face was not covered, but he was wearing something on his head. Mr. Wahabzada described the robber to police as hefty with a strong build, blond hair and a mustache. He said that his own height was 175 centimetres and that the robber was taller than that.

A few days after the robbery, Mr. Wahabzada was shown a series of photographs by police in an album containing 12 colour photographs. Two police officers testified about Mr. Wahabzada's comments in response to the photographs. They attributed varying degrees of certainty to his choice of photograph number 6, which was conceded to have been a photograph of the respondent, as a photograph of the man who robbed him. According to the officers, Mr. Wahabzada said, "that's him", or "He looks just like him", when pointing to number 6, but also said, "He looks a bit like him also", referring to number 8. This evidence was at variance with the evidence of Mr. Wahabzada who stated that he suspected photographs number 6, 8 and 11, but that he could be no more than 25 or 30 percent sure that any of them was the robber. He was more sure that it was number 8 than the other two. Number 6 was conceded to be a photograph of the respondent. The evidence at trial was, in part, as follows:

Q. I'm showing you an album, as you called it, having twelve pictures in it. Is this what you were shown by the officers?

les circonstances de l'espèce, il était déraisonnable que le juge du procès fonde la déclaration de culpabilité sur sa seule opinion. Pour arriver à cette conclusion, il est nécessaire d'examiner la preuve.

I. Les faits

Le 13 mai 1991, vers 2 h, M. Mahmood Wahabzada travaillait seul dans un établissement Mac's Milk lorsqu'un individu est entré et lui a dit d'ouvrir la caisse enregistreuse. Le voleur s'est emparé d'environ 230 \$, puis il est sorti du magasin. Le visage du voleur n'était pas couvert, mais il portait quelque chose sur la tête. Monsieur Wahabzada a déclaré aux policiers que le voleur était costaud, qu'il avait une forte carrure, des cheveux blonds et une moustache. Il a ajouté qu'il mesurait lui-même 175 centimètres et que le voleur était plus grand que lui.

Quelques jours après le vol qualifié, les policiers ont montré à M. Wahabzada une série de photos figurant dans un album contenant 12 photos en couleurs. Deux agents de police ont témoigné au sujet des remarques faites par M. Wahabzada à la vue des photos. Ils ont attribué divers degrés de certitude à son choix de la photo numéro 6 — qui, a-t-on concédé, était une photo de l'intimé — comme étant une photo de l'homme qui l'avait volé. Selon les agents, M. Wahabzada a dit: [TRADUCTION] «c'est lui» ou [TRADUCTION] «Il ressemble exactement à celui-là», en indiquant la photo numéro 6, mais il a aussi déclaré: [TRADUCTION] «Il ressemble également un peu à celui-là» en montrant la photo numéro 8. Ces témoignages ne concordaient pas avec la déposition de M. Wahabzada, qui avait déclaré qu'il soupçonnait les personnes apparaissant sur les photos numéros 6, 8 et 11, mais qu'il ne pouvait pas dire avec un degré de certitude dépassant 25 à 30 pour 100 si l'une d'elles était le voleur. Il était plus certain à l'égard de la photo numéro 8 que des deux autres. Il a été concédé que la photo numéro 6 était une photo de l'intimé. Voici un extrait de la preuve présentée au procès:

[TRADUCTION]

Q. Je vous montre un album, ainsi que vous l'avez appelé, contenant douze photos. Est-ce bien ce que les agents de police vous ont montré?

39

40

A. Yeah.

Q. All right. And were you able to recognize anyone, sir?

A. Yeah. I suspect this man — and either this one or this one — I think this one.

Q. All right. Do you remember what you said?

A. Yeah, I say that I suspect only twenty-five percent or thirty percent, no more than that.

Q. On which one?

A. On these both guys. Mostly this guy.

THE COURT: Middle row, Photos 6 and 8 — twenty-five percent mostly this guy, being Photo 8.

MR. COLLINS: Thank you.

THE COURT: And I'm doing 8 counting four across the top, and then 5 through 8 as the second line.

MR. COLLINS: Does the Crown confirm the judge's?

MR. VESA: Yes. He's also pointing at Number 11.

THE COURT: And he also in his first comment said this looks like, and he pointed to Number 11 as well.

MR. VESA: Q. Were you able to come to a more definite conclusion than that, sir, as to which picture?

A. I can't.

Q. Do you remember if you did on that day?

A. Mostly on this guy.

THE COURT: Mostly 8. [Emphasis added.]

R. Ouais.

Q. D'accord. Et avez-vous pu reconnaître quelqu'un, monsieur?

R. Ouais. Je soupçonne cet homme — ou un de ces deux-là — Celui-là, je pense.

Q. C'est bien. Vous souvenez-vous de ce que vous avez dit?

R. Ouais, j'ai dit que j'avais des soupçons dans une proportion de vingt-cinq ou trente pour cent seulement, pas plus que cela.

Q. À l'égard duquel?

R. De ces deux gars-là. Surtout de ce gars-là.

LA COUR: La rangée du milieu, les photos n^{os} 6 et 8 — vingt-cinq pour cent, surtout ce gars-là, soit la photo n^o 8.

M^e COLLINS: Merci.

LA COUR: Et c'est la photo 8, si je compte les quatre de la rangée du haut, et ensuite de 5 à 8 sur la deuxième rangée.

M^e COLLINS: Le ministère public confirme-t-il le juge?

M^e VESA: Oui. Il indique également la photo numéro 11.

LA COUR: De plus, dans sa première remarque, il a dit que celui-là était ressemblant et il a indiqué la photo numéro 11 également.

M^e VESA: Q. Avez-vous été capable de tirer une conclusion plus nette que cela, monsieur, quant au choix de la photo?

R. Je ne peux pas.

Q. Vous souvenez-vous si vous l'avez fait ce jour-là?

R. Surtout à l'égard de ce gars-là.

LA COUR: Surtout la photo numéro 8. [Je souligne.]

41 During his testimony at trial, Mr. Wahabzada was shown a videotape which he identified as an accurate depiction of the robbery in the store on May 13, 1991. After having reviewed the videotape, and while the respondent was seated alone in the prisoner's box, Mr. Wahabzada was asked in examination-in-chief by the Crown:

Durant sa déposition au procès, on a montré à M. Wahabzada une bande vidéo dont il a dit qu'elle décrivait fidèlement le vol qualifié survenu dans le magasin le 13 mai 1991. Après que M. Wahabzada eut visionné la bande vidéo, l'intimé étant alors assis seul dans le box des accusés, le ministère public a demandé ce qui suit à M. Wahabzada en interrogatoire principal:

Q: Do you see the man here today who robbed you that night, sir?

A: No, I don't think he is.

Q: You don't think he?

A: No.

An officer testified that when he arrested the respondent on May 22, 1991, his facial appearance was different from that in court, in that at the time of the arrest the respondent had a sparse mustache. The officer also testified that, upon being arrested, the appellant denied his involvement in the robbery and offered an alibi, stating that he had been at home with his mother and brother at the time of the robbery.

When the Crown closed its case, there was no evidence on the record of identification except the trial judge's subjective conclusion with respect to her observation of the video which, at that point, was unannounced and unknown. In these circumstances, counsel for the respondent elected to call no evidence. It was only during argument that the trial judge expressed her opinion based on her observation of the video and the respondent. Since her opinion was the only evidence of identification, these remarks concerning what she had observed became the reasons for judgment.

II. Analysis

1. *Section 686(1)(a)(i) of the Criminal Code*

In undertaking a review under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the appellate court must carefully consider all of the evidence that was before the trier of fact. As stated by a majority of this Court in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 915:

In an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) the court is engaged in a review of the facts. The role of the Court of Appeal is to determine whether on the facts that were

[TRANSLATION]

Q: Voyez-vous, ici, aujourd'hui, l'homme qui vous a volé cette nuit-là, Monsieur?

A: Non, je ne crois pas qu'il soit ici.

Q: Vous ne le croyez pas?

A: Non.

Un policier a témoigné que, lorsqu'il a arrêté l'intimé le 22 mai 1991, l'apparence de son visage était différente de celle qu'il avait devant la cour, étant donné que, au moment de son arrestation, l'intimé portait une moustache peu fournie. Le policier a également témoigné que, au moment de son arrestation, l'appelant a nié avoir participé au vol qualifié et a offert un alibi, déclarant qu'il se trouvait à la maison avec sa mère et son frère au moment du vol.

Lorsque le ministère public a clos sa preuve, il n'y avait aucune preuve d'identification au dossier à l'exception de la conclusion subjective du juge du procès concernant son observation de la bande vidéo, conclusion qui, à ce moment-là, n'avait pas été annoncée et n'était pas connue. Dans ces circonstances, l'avocat de l'intimé a choisi de ne présenter aucune preuve. Ce n'est que durant les plaidoiries que le juge du procès a exprimé son opinion fondée sur son observation de la bande vidéo et de l'intimé. Comme son opinion était la seule preuve d'identification, ces observations concernant ce qu'elle avait observé sont devenues les motifs du jugement.

II. Analyse

1. *Le sous-alinéa 686(1)a)(i) du Code criminel*

La cour d'appel qui entreprend une révision judiciaire en vertu du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, doit examiner minutieusement tous les éléments de preuve dont disposait le juge des faits. Comme l'a déclaré notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 915:

Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)a)(i), la cour procède à un examen des faits. La fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si,

42

43

44

before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The court reviews the evidence that was before the trier of fact and after re-examining and, to some extent, reweighing the evidence, determines whether it meets the test.

As a result, it is only where the Court has considered all of the evidence before the trier of fact and determined that a conviction cannot reasonably be supported by that evidence that the Court can invoke s. 686(1)(a)(i) and overturn the trial court's verdict.

45 This power of review by an appellate court takes on special significance in a case in which the sole issue is identification. In *R. v. Quercia* (1990), 60 C.C.C. (3d) 380 (Ont. C.A.), at p. 383, Doherty J.A., speaking for himself and Osborne J.A., stated:

This is a case in which the conviction of the appellant depends entirely on the identification of him by the victim. Where the Crown's case rests on eyewitness identification, one is always very concerned about the reliability of a finding of guilt. Legal history and data compiled by behavioural scientists demonstrate the validity of that concern: see "Pretrial Eyewitness Identification Procedures", *Law Reform Commission of Canada Study Paper* (1983), at p. 7-15. The spectre of erroneous convictions based on honest and convincing, but mistaken, eyewitness identification haunts the criminal law. That ghost hovers over this case.

Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* mandates limited appellate review of the sufficiency of the evidence on appeals from convictions. An appellate court must set aside a conviction if that verdict "is unreasonable or cannot be supported by the evidence". The review countenanced by s. 686(1)(a)(i) is not limited to a determination of whether there was any evidence to support the conviction . . .

46 In my view, a review of the evidence in this case makes it clear that the verdict rendered at trial was "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. Indeed, it would appear

d'après les faits soumis au juge des faits, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pouvait déclarer l'accusé coupable. La cour analyse la preuve qui a été présentée au juge des faits et, après l'avoir réexaminée et, dans une certaine mesure, réévaluée, décide si la preuve satisfait à ce critère.

Par conséquent, c'est seulement lorsque la cour a examiné l'ensemble de la preuve soumise au juge des faits et déterminé qu'une déclaration de culpabilité ne peut pas raisonnablement être étayée par cette preuve que la cour peut invoquer le sous-al. 686(1)(a)(i) et infirmer le verdict du tribunal du procès.

Ce pouvoir de révision d'une cour d'appel prend une importance spéciale dans un cas où la seule question en litige est l'identification. Dans *R. c. Quercia* (1990), 60 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Ont.), à la p. 383, le juge Doherty, en son nom et au nom du juge Osborne, a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Il s'agit d'un cas où la déclaration de culpabilité de l'appellant dépend entièrement de son identification par la victime. Lorsque la preuve du ministère public repose sur l'identification faite par un témoin oculaire, on se préoccupe toujours beaucoup de la fiabilité d'une conclusion de culpabilité. L'histoire du droit et les données compilées par les scientifiques du comportement démontrent la validité de cette préoccupation: voir «L'identification par témoin oculaire avant le procès», *Document d'étude de la Commission de réforme du droit du Canada* (1983), à la p. 7-15. Le spectre des déclarations de culpabilité erronées, fondées sur une identification honnête et convaincante mais erronée, par des témoins oculaires, hante le droit criminel. Cette ombre plane sur la présente affaire.

Le sous-alinéa 686(1)(a)(i) du *Code criminel* exige une révision judiciaire limitée du caractère suffisant de la preuve en cas d'appels formés contre des déclarations de culpabilité. La cour d'appel doit écarter la déclaration de culpabilité si le verdict «est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve». La révision admise par le sous-al. 686(1)(a)(i) ne se limite pas à déterminer s'il y avait quelque élément de preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité . . .

À mon avis, il ressort clairement de l'analyse de la preuve en l'espèce que le verdict rendu au procès était «déraisonnable» au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code*. De fait, il semble que l'intimé

that the respondent was convicted on the basis of very weak identification evidence, which was undermined by the evidence of the Crown's only eyewitness. In assessing the "reasonableness" of the evidentiary foundation upon which the conviction was entered, it is necessary to consider two fundamental questions. First, are the sensory observations of a trial judge, based on a review of a videotape and the appearance of the accused, admissible evidence of "identity" to support a guilty verdict? If this first question is answered in the affirmative, the Court must go on to consider whether or not the evidence of identity in this particular case was sufficient to justify the respondent's conviction.

2. Videotape Identification

The appellant relies heavily on this Court's decision in *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393. The appellant submits that *Leaney* clearly establishes that the sensory observations of a trial judge, based on a review of a videotape and observations of the accused, are admissible to prove the identity of the accused as the person who was displayed on the video screen. While I agree that the principles in *Leaney* support the appellant's position on the first question, they fail to support the "reasonableness" of the verdict rendered at trial on the facts of this case.

In *Leaney*, the accused (*Leaney*) was videotaped with his co-accused (*Rawlinson*) breaking into the Owl Drug Mart in Edmonton, Alberta. At trial, the following evidence was admitted to establish *Leaney's* "identity" as the man on the videotape:

- (a) Five police officers who had viewed the videotape affirmed that the accused were the men depicted on the tape;
- (b) *Leaney's* fingerprints and palm prints were found on "Owl Drug Mart boxes" that had been

a été déclaré coupable sur le fondement d'une preuve d'identification très faible, qui était minée par la déposition du seul témoin oculaire du ministère public. Pour évaluer le «caractère raisonnable» du fondement de preuve sur lequel la déclaration de culpabilité a été consignée, il faut examiner deux questions fondamentales. Premièrement, les observations sensorielles du juge du procès, basées sur l'examen d'une bande vidéo et de l'apparence de l'accusé, constituent-elles une preuve d'«identité» admissible pour appuyer un verdict de culpabilité? Si la réponse à la première question est affirmative, la Cour doit ensuite se demander si, dans ce cas particulier, la preuve d'identité était suffisante pour justifier la déclaration de culpabilité de l'intimé.

2. L'identification par bande vidéo

L'appelante s'appuie grandement sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393. Elle soutient que l'arrêt *Leaney* établit clairement que les observations sensorielles du juge du procès, fondées sur le visionnement d'une bande vidéo et l'observation de l'accusé, sont admissibles pour prouver l'identité de l'accusé comme étant la personne qui apparaissait sur l'écran du moniteur vidéo. Même si je conviens que les principes énoncés dans *Leaney* étayaient la thèse de l'appelante en ce qui concerne la première question, ils n'appuient pas le «caractère raisonnable» du verdict prononcé au procès à la lumière des faits de l'espèce.

Dans *Leaney*, l'accusé (*Leaney*) ainsi que son coaccusé (*Rawlinson*) ont été filmés sur bande vidéo pendant qu'ils s'introduisaient par effraction dans la pharmacie Owl Drug Mart à Edmonton (Alberta). Au procès, la preuve suivante a été admise pour «identifier» *Leaney* comme étant l'homme apparaissant sur la bande vidéo:

- a) cinq agents de police qui avaient visionné la bande vidéo ont affirmé que les accusés étaient les hommes représentés sur la bande;
- b) des empreintes digitales et des empreintes palmaires appartenant à *Leaney* ont été relevées

found in Rawlinson's apartment after the robbery;

(c) Leaney had been seen in Rawlinson's apartment the day before the robbery;

(d) Leaney and Rawlinson matched a "general description" of the culprits given by an eyewitness; and

(e) Rawlinson admitted his participation in the crime, although this admission was not evidence against Leaney.

The trial judge considered this evidence, and compared Leaney's appearance with that of the man on the videotape. In light of all of the evidence, Leaney was convicted.

49 On appeal, the Court of Appeal determined that the evidence of four of the five police officers was inadmissible as non-expert opinion concerning identity. The fifth officer (Sergeant Cessford), however, was familiar with Leaney and was able to note specific physical characteristics and idiosyncrasies of the accused that were also exhibited by the man on the videotape. The majority of the Court of Appeal held that even if the trial judge erred in admitting Cessford's evidence without first holding a *voir dire*, such an error made no difference to the outcome of the trial. The majority therefore dismissed the appeal.

50 A majority of this Court agreed with the Court of Appeal that the identification evidence given by the four policemen (other than Cessford) was inadmissible. With respect to Sergeant Cessford, the Court was of the view that his evidence was admissible notwithstanding the trial court's failure to hold a preliminary *voir dire*. The Court was of the view that the evidence of the police was unnecessary, however, given the judge's opportunity to view the video and the accused. According to the majority, at p. 414:

The trial judge viewed the videotape several times and had ample opportunity during the course of the sixteen-day trial to form an opinion as to whether the per-

sur des «boîtes marquées Owl Drug Mart» qui avaient été trouvées dans l'appartement de Rawlinson après le vol qualifié;

c) Leaney avait été vu dans l'appartement de Rawlinson le jour précédant le vol qualifié;

d) Leaney et Rawlinson correspondaient à la «description générale» des contrevenants donnée par un témoin oculaire;

e) Rawlinson a admis avoir participé au crime, bien que cet aveu n'était pas un élément de preuve contre Leaney.

Le juge du procès a analysé cette preuve et comparé l'apparence de Leaney avec celle de l'homme sur la bande vidéo. À la lumière de l'ensemble de la preuve, Leaney a été déclaré coupable.

En appel, la Cour d'appel a statué que le témoignage de quatre des cinq agents de police n'était pas admissible, car il s'agissait d'opinions sur l'identité formulées par des personnes qui n'étaient pas des experts. Cependant, le cinquième policier (le sergent Cessford) connaissait bien Leaney et a pu signaler certaines caractéristiques physiques et certaines manies de l'accusé qu'on retrouvait également chez l'homme sur la bande vidéo. La Cour d'appel à la majorité a conclu que, même si le juge du procès avait commis une erreur en admettant le témoignage de Cessford sans tenir au préalable un *voir-dire*, cette erreur n'avait eu aucune influence sur l'issue du procès. La majorité a donc rejeté l'appel.

Notre Cour, à la majorité, a été d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la preuve d'identification présentée par les quatre policiers (autres que Cessford) n'était pas admissible. Quant au sergent Cessford, notre Cour était d'avis que son témoignage était admissible malgré l'omission du juge du procès de tenir au préalable un *voir-dire*. Toutefois, notre Cour a estimé que le témoignage des policiers n'était pas nécessaire, étant donné que le juge avait eu la possibilité de visionner la bande vidéo et d'observer l'accusé. De l'avis de la majorité, à la p. 414:

Le juge du procès a visionné la bande vidéo plusieurs fois et a eu tout le loisir, pendant les seize jours que le procès a duré, de se former une opinion quant à savoir si

sons shown on the tape were the accused. The tape contained several face shots of each accused. At the end of the trial, the trial judge stated that he had formed the firm conclusion that the persons shown on the videotape were the accused. His pronouncements make it clear that this opinion was formed independently of the evidence of any of the police officers on the question.

The Court went on to state, at p. 415, that:

Given the trial judge's clear statement that he arrived at his conclusion as to identity independently of the evidence of the police officers, their evidence assumes the character of mere surplusage, which does not vitiate the judge's conclusion that Leaney was one of the persons shown on the video screen.

The Court concluded that since the observations of the trial judge were not tainted by the inadmissible identification evidence of the police officers, these observations together with the other admissible evidence justified the application of s. 686(1)(b)(iii) (formerly s. 613(1)(b)(iii)). At page 416, McLachlin J., for the majority, states:

The test set out in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739 is met: there is no possibility that a reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could fail to convict on the admissible evidence presented on the break-in incident. [Emphasis added.]

Accordingly, *Leaney* does not support the proposition that reliance by a trial judge on his or her own observations unaided by other evidence is reasonable.

Leaney does support the proposition that the judge's observations are evidence, and were in that case cogent evidence, that might have survived an attack under s. 686(1)(a)(i). It is useful to contrast the quality of the video identification evidence in *Leaney* with the evidence in this case.

In *Leaney*, the trial judge had reviewed the tape repeatedly and spent 16 days at trial observing Mr. Leaney's appearance. In rendering his decision, the

les personnes apparaissant sur la bande étaient les accusés. La bande montrait de face, à plusieurs reprises, chacun des accusés. À la fin du procès, le juge a affirmé qu'il avait conclu sans hésitation que les personnes apparaissant sur la bande vidéo étaient les accusés. Ses propos indiquent clairement qu'il s'est formé cette opinion indépendamment des dépositions des agents de police sur le sujet.

La Cour a poursuivi ainsi, à la p. 415:

En raison de l'affirmation catégorique du juge du procès qu'il est arrivé à sa conclusion sur l'identité indépendamment des dépositions des agents de police, leurs dépositions ont un caractère purement superfétatoire qui n'infirme pas la conclusion du juge que Leaney est l'une des personnes apparaissant à l'écran.

La Cour a conclu que, comme les observations effectuées par le juge du procès n'étaient pas entachées par la preuve d'identification inadmissible des agents de police, ces observations, conjuguées à l'autre preuve admissible, justifiaient l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) (l'ancien sous-al. 613(1)(b)(iii)). À la page 416, le juge McLachlin a dit ceci, au nom de la majorité:

Le critère établi dans l'arrêt *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739 est respecté: il n'y a pas de possibilité qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire, ne conclue pas à la culpabilité compte tenu des éléments de preuve admissibles présentés relativement à l'introduction par effraction. [Je souligne.]

Par conséquent, l'arrêt *Leaney* n'étaye pas la proposition selon laquelle il est raisonnable que le juge du procès s'appuie sur ses propres observations, sans l'aide d'autres éléments de preuve.

L'arrêt *Leaney* étaye cependant la proposition selon laquelle les observations effectuées par le juge sont des éléments de preuve et constituaient, dans cette affaire, une preuve forte, qui aurait pu résister à une contestation fondée sur le sous-al. 686(1)(a)(i). Il est utile de comparer la qualité de la preuve d'identification par bande vidéo disponible dans *Leaney* avec la preuve en l'espèce.

Dans *Leaney*, le juge du procès avait visionné la bande à plusieurs reprises et il avait pu observer l'apparence de M. Leaney pendant les 16 jours du

51

52

53

54

trial judge in *Leaney* made the following observations in support of his conclusion that the accused was the man on the videotape:

The two persons responsible for the commission of the offence came into the range of the camera. Again, the lighting was good, focus was good but I could see no distortion of the picture whatsoever

The taller of the two, second person; on the video, he appears dark, long hair, Metis or Native appearance, very tall, much taller than Rawlinson and there's a perfect example when they are standing back to back when the hips of the taller man are almost to the height of the shoulders of Rawlinson, much taller man. Wearing a peaked cap of a baseball type which subsequently shows in the video a tree on the right-hand side of the indicator on the front of the cap which is similar to a cap seized by the police and was an exhibit. He's wearing a down-filled type ski jacket, jeans with jacket, appearing above the waist, a comb, round shaped tail, in the right rear pocket. These are not as good—there is not as good a view of this face of this person, but again having had the opportunity to view the video and the accused, Frank Leaney in the court over 16 days, I have no difficulty in saying without hesitation that they are one and the same; the man in the video is Frank Leaney.

The thoroughness of the comparison made between the accused and the tape in *Leaney* was stressed in this Court's comments on the quality of the evidence. As McLachlin J. stated at p. 414:

The trial judge viewed the videotape several times and had ample opportunity during the course of the sixteen-day trial to form an opinion as to whether the persons shown on the tape were the accused. The tape contained several face shots of each accused.

55

Clearly, the detailed observations made in *Leaney* stand in contrast to the remarks made by the judge in the instant case. After a trial that was completed in one day, and after having viewed the

procès. En rendant sa décision, le juge du procès dans *Leaney* a formulé les observations suivantes au soutien de sa conclusion que l'accusé était l'homme sur la bande vidéo:

[TRADUCTION] Les deux auteurs des infractions se sont trouvés dans le champ de la caméra. Encore là, l'éclairage était bon ainsi que la mise au point; je n'ai pu constater de distorsion quelconque de l'image

Le plus grand des deux hommes sur la bande vidéo paraît avoir le teint foncé, les cheveux longs, comme un métis ou un autochtone, et il semble très grand, beaucoup plus grand que Rawlinson, ce qui ressort particulièrement bien quand ils apparaissent dos à dos, alors que les hanches de la personne plus grande arrivent presque à la hauteur des épaules de Rawlinson; il est donc beaucoup plus grand. Il porte une coiffure garnie d'une visière du genre casquette de baseball qui, on le voit par la suite, porte un arbre à la droite de l'insigne en avant et qui est semblable à la casquette saisie par la police et produite comme pièce à conviction. Il porte un veston rembourré du genre veston de ski, des jeans et un veston qui paraît au-dessus de la taille; on voit un peigne à manche arrondi dans la poche arrière droite. Les prises ne sont pas aussi bonnes — il n'y a pas d'image aussi bonne du visage de cette personne, mais, là encore, ayant eu l'occasion d'observer le vidéo et l'accusé Frank Leaney dans la salle d'audience pendant 16 jours, je n'hésite nullement à dire que ce sont une seule et même personne; la personne qui apparaît sur la bande vidéo est Frank Leaney.

Le caractère approfondi de la comparaison entre l'accusé et la personne sur la bande dans *Leaney* a été souligné dans les commentaires faits par notre Cour relativement à la qualité de la preuve. Comme l'a mentionné le juge McLachlin, à la p. 414:

Le juge du procès a visionné la bande vidéo plusieurs fois et a eu tout le loisir, pendant les seize jours que le procès a duré, de se former une opinion quant à savoir si les personnes apparaissant sur la bande étaient les accusés. La bande montrait de face, à plusieurs reprises, chacun des accusés.

Manifestement, les observations détaillées faites dans *Leaney* se distinguent des remarques faites par le juge dans la présente instance. Au terme d'un procès qui n'a duré qu'une journée et après

30-second video only once, the trial judge made the following “observations”:

I looked at that video, and I looked at it very carefully, and I can honestly tell you there is no doubt in my mind that the man who committed that robbery on that video was your client.

. . .

How can I disregard that? I don't need glasses.

. . .

This particular video tape is very clear. The lighting is very good. The man is in the camera for long enough to make a careful observation. And the issue of beyond a reasonable doubt is when I'm obliged to make a decision, and I cannot ignore what my eyes tell me, and my eyes tell me, and there's no dispute this isn't a video tape of the robbery, that the person who committed that robbery is Mr. Nikolovski, and I can't ignore that and I can't say well — I don't see how I can ignore that properly.

Unlike the trial judge's decision in *Leaney*, the trial judge in this case made no reference to specific characteristics of the man on the videotape that conformed to the appearance of the accused. Generally, testimony by a person not acquainted with the accused that the accused is the culprit without any description of identifying features of appearance such as colouring of the skin or hair, complexion, facial features, height, weight, age and clothing is little more than an expression of opinion and is generally accorded little weight. See *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241 (Ont. C.A.), at p. 249. Moreover, the trial judge in this case lacked the assurance of confirmatory evidence (such as the cap and fingerprints in *Leaney*) that would have supported her observations of the video and the accused.

avoir visionné une seule fois la bande vidéo de 30 secondes, le juge du procès a formulé les «observations» suivantes:

[TRADUCTION] J'ai regardé la bande vidéo, je l'ai regardée très attentivement, et je puis vous dire honnêtement qu'il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'homme qui a commis le vol sur cette bande vidéo était votre client.

. . .

Comment pourrais-je en faire abstraction? Je n'ai pas besoin de lunettes.

. . .

La bande vidéo en l'espèce est très claire. L'éclairage est très bon. L'homme se trouve dans le champ de la caméra assez longtemps pour qu'on puisse l'observer attentivement. Et la question de la conviction hors de tout doute raisonnable se pose lorsque je suis obligée de rendre une décision, et je ne peux pas faire abstraction de ce que mes yeux me disent, et mes yeux me disent — d'ailleurs, personne ne prétend qu'il ne s'agit pas d'une bande vidéo du vol — que la personne qui a commis le vol est M. Nikolovski, et je ne peux pas faire abstraction de ce fait et je ne peux guère dire — je ne vois pas comment je pourrais, à juste titre, en faire abstraction.

Contrairement à la décision du juge du procès dans *Leaney*, le juge du procès en l'espèce n'a pas fait mention de caractéristiques particulières de l'homme sur la bande vidéo qui correspondaient à l'apparence de l'accusé. En règle générale, lorsqu'une personne qui ne connaît pas l'accusé témoigne que ce dernier est le coupable, sans décrire certains traits caractéristiques comme la couleur de sa peau ou de ses cheveux, son teint, les traits de son visage, sa taille, son poids, son âge et ses vêtements, ce témoignage n'est guère plus que l'expression d'une opinion à laquelle il est généralement accordé peu de poids. Voir *R. c. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241 (C.A. Ont.), à la p. 249. De plus, dans le présent cas, le juge du procès ne disposait pas de l'assurance apportée par une preuve corroborante (comme la casquette et les empreintes digitales dans *Leaney*) qui aurait étayé ses observations de la bande vidéo et de l'accusé.

56 Not only did the trial judge's observations not have any support in the evidence but, more importantly, the judge's observations were actually contradicted by the evidence of the only person who actually witnessed the crime. Mr. Wahabzada, the victim of the robbery, had viewed his assailant "in the flesh" and effectively testified that Mr. Nikolovski was not the villain. Like the trial judge, Mr. Wahabzada viewed the 30-second tape of the crime in question, and was present in the courtroom and able to make careful observation of the accused. Despite this opportunity to view the accused and the tape, Mr. Wahabzada was unable to conclude that the accused was the man on the video. Indeed, Mr. Wahabzada went so far as to say that the villain was not present in the courtroom, while the accused was seated alone in the prisoner's box.

57 In addition to the other frailties to which I have referred, it is significant that the judge's observations are entirely untested by cross-examination. Cross-examination in identification is of special importance. Here, not only was there no opportunity to cross-examine, but the substance of the judge's observations was unknown until the case for both the Crown and defence was closed. Not only are the judge's subjective observations not tested by cross-examination but they cannot be tested on appeal. In order to evaluate the reasonableness of the evidence upon which a trier of fact relies, the Court of Appeal must be able to examine all the evidence. All we can do is see one side of a coin that has two sides. All the assurances about the clarity of the video are of no avail if we cannot see the person with whom the comparison is being made.

58 In summary, this conviction was based on evidence that amounted to no more than the untested opinion of the trial judge which was contradicted by other evidence that the trial judge did not reject.

Non seulement les observations du juge du procès ne trouvent aucun appui dans la preuve, mais, fait plus important, ses observations ont de fait été contredites par la déposition de la seule personne qui a concrètement été témoin du crime. Monsieur Wahabzada, la victime du vol qualifié, avait vu son agresseur «en chair et en os» et a effectivement déclaré sous serment que M. Nikolovski n'était pas le malfaiteur. Tout comme le juge du procès, M. Wahabzada a visionné la bande d'une durée de 30 secondes montrant le crime en question, et il se trouvait dans la salle d'audience où il pouvait observer attentivement l'accusé. Malgré la possibilité qu'il a eue d'examiner l'accusé et la bande, M. Wahabzada a été incapable de conclure que l'accusé était l'homme apparaissant sur la bande vidéo. De fait, M. Wahabzada est allé jusqu'à dire que le malfaiteur n'était pas présent dans la salle d'audience, alors que l'accusé était assis seul dans le box.

En plus des autres faiblesses dont j'ai fait mention, il est important de signaler que les observations du juge n'ont aucunement subi l'épreuve du contre-interrogatoire. En matière d'identification, le contre-interrogatoire revêt une importance particulière. En l'espèce, non seulement n'y avait-il aucune possibilité de procéder à un contre-interrogatoire, mais la teneur même des observations du juge n'a été connue qu'une fois que le ministère public et la défense eurent clos leur preuve. Non seulement les observations subjectives du juge n'ont pas subi l'épreuve du contre-interrogatoire, mais elles ne peuvent pas être contrôlées en appel. Pour évaluer le caractère raisonnable de la preuve sur laquelle le juge des faits s'appuie, la Cour d'appel doit être capable d'examiner l'ensemble de la preuve. Tout ce que nous sommes en mesure de faire c'est d'observer un côté seulement d'une médaille qui en compte deux. Toutes les assurances données au sujet de la clarté de la bande vidéo sont inutiles si nous ne pouvons pas voir la personne avec laquelle la comparaison est établie.

En résumé, la présente déclaration de culpabilité était fondée sur une preuve qui n'était rien de plus que l'opinion non contrôlée du juge du procès, opinion qui a été contredite par d'autres éléments de

This included evidence that the victim, a few days after the robbery, identified a person other than the accused as the more likely perpetrator of the crime. The trial judge simply relied on her own observations, the accuracy of which we are not in a position to assess. Having regard for the inherent frailties in identification evidence, I conclude that the conviction rests on a shaky foundation and is unsafe and unsatisfactory. I am satisfied that the verdict is unreasonable and cannot be supported by the evidence.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the respondent: John Collins, Toronto.

preuve que le juge du procès n'a pas rejetés, notamment la preuve que, quelques jours après le vol, la victime a identifié une autre personne que l'accusé comme étant plus vraisemblablement l'auteur du crime. Le juge du procès s'est tout simplement fondée sur ses propres observations, dont nous ne sommes pas en mesure d'apprécier l'exactitude. Compte tenu des faiblesses inhérentes à la preuve d'identification, je conclus que la déclaration de culpabilité repose sur des fondements peu solides et qu'elle est imprudente et insatisfaisante. Je suis convaincu que le verdict est déraisonnable et qu'il ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intimé: John Collins, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Reasonable apprehension of bias — Securities — Citation against appellant for contravention of certain by-laws and exchange rules — Hearing panel appointed to conduct inquiry — Appointment process for hearing panel not giving rise to reasonable apprehension of bias.

KATZ V. VANCOUVER STOCK EXCHANGE, 405.

2. Commissions and tribunals — Right to decide issues of law, including constitutional issues — Human Rights Commission considering allegation of discrimination based on age — Act providing that no age discrimination occurring if mandatory retirement set at industry standard — Investigator appointed by Commission recommending that complaint not proceed to tribunal — Whether provision excusing age discrimination contrary to equality provisions of s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether Commission implicitly empowered to refer the matter to a tribunal and so in essence rule on constitutionality of the provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(c).

COOPER V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 854.

BANKS

Shareholders — Proposals — Annual meeting of shareholders — Whether beneficial shareholder of bank may submit proposals for inclusion in bank's management proxy circular — Whether beneficial shareholder a "shareholder entitled to vote" within meaning of s. 143(1) of Bank Act — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 93(1), 143(1).

VERDUN V. TORONTO-DOMINION BANK, 550.

BILLS OF EXCHANGE

Cheques — Conversion — Defences — Companies' bookkeeper issuing series of fraudulent cheques payable to third parties and depositing them to her bank accounts — Bookkeeper forging payees' signature on certain cheques — Other cheques accepted by collecting bank without endorsement — Whether collecting bank liable to companies for conversion — Whether cheques payable to fictitious or non-existing person — Whether collecting bank holder

BILLS OF EXCHANGE—Concluded

in due course — Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, ss. 20(5), 165(3).

BOMA MANUFACTURING LTD. V. CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE, 727.

CIVIL PROCEDURE

Class action — Authorization — Colour of right — Respondent sentenced to imprisonment after failing to pay fines — Respondent seeking authorization to proceed by class action to claim damages from government for breach of his constitutional rights and those of others in similar situation — Respondent alleging that statutory sentencing provisions infringing both Canadian and Quebec charters of rights — Whether authorization should be granted — Whether respondent failed to establish serious colour of right — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 1003(b).

GUIMOND V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 347.

CIVIL RIGHTS

1. Personal inviolability — Illegal strikes by employees of hospital for mentally disabled — Trial judge concluding that patients suffered prejudice in form of temporary discomfort — Whether there was interference with their right to personal inviolability — Meaning of "inviolability" — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 1.

QUEBEC (PUBLIC CURATOR) V. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

2. Personal dignity — Illegal strikes by employees of hospital for mentally disabled — Trial judge concluding that patients suffered prejudice in form of temporary discomfort — Whether there was interference with their right to personal dignity — Meaning of "dignity" — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 4.

QUEBEC (PUBLIC CURATOR) V. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

3. Personal dignity — Remedy — Exemplary damages — Illegal strikes by employees of hospital for mentally disabled — Trial judge concluding that patients suffered prejudice in form of temporary discomfort — Interference with patients' dignity —

CIVIL RIGHTS—Concluded

Whether exemplary damages should be awarded — Meaning of “unlawful and intentional interference” — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 4, 49.

QUEBEC (PUBLIC CURATOR) V. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

4. Right to life — Remedy — Compensatory damages — Victim shot in head by police officer — Victim dying few hours later without regaining consciousness — Whether right to life guaranteed by Charter of Human Rights and Freedoms allows victim's mother to claim compensatory damages for loss of life or of life expectancy — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 49.

AUGUSTUS V. GOSSET, 268.

5. Right to life — Remedy — Exemplary damages — Victim mortally wounded by shot fired by police officer — Trial judge finding police officer negligent in using weapon — Whether unlawful interference with victim's right to life intentional — Meaning of “unlawful and intentional interference” — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 49.

AUGUSTUS V. GOSSET, 268.

6. Discrimination — Mental disability — Insurance — Employer's insurance policy providing income replacement scheme for employees rendered unable to work — In case of mental illness or disability, benefits terminated after two years unless employee remains in mental institution — Whether scheme discriminatory — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 16(1).

BATTLEFORDS AND DISTRICT CO-OPERATIVE LTD. V. GIBBS, 566.

7. Fair hearing by independent tribunal — Administrative tribunals — Régie des permis d'alcool — Cancellation of liquor permits on account of disturbance of public tranquility — Structure and operating procedures of Régie — Whether Régie complies with guarantees of independence and impartiality set out in s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms — Scope of s. 23 of Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 23, 56(1) — Act respecting liquor permits, R.S.Q., c. P-9.1, ss. 2, 75, 86(8).

2747-3174 QUÉBEC INC. V. QUÉBEC (RÉGIE DES PERMIS D'ALCOOL), 919.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Aboriginal rights — Native fishing on traditional fishing area without a licence — Licence only available on application for exercise of ministerial discretion — Title alleged to be extinguished either by flooding or by treaty — Whether aboriginal rights are inherently based in claims to land — Whether claims to

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

land are simply one manifestation of a broader-based concept of aboriginal rights — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852, ss. 4(1), 5(9) — Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

R. v. ADAMS, 101.

2. Aboriginal rights — Natives teaching traditional fishing techniques — Charge of fishing without licence laid — Incident occurring in traditional fishing area — Whether an aboriginal fishing or other right must be necessarily incident to a claim of aboriginal title in land — Whether an aboriginal right may exist independently of a claim of aboriginal title — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

R. v. CÔTÉ, 139.

3. Aboriginal rights — Quebec — Aboriginal law not recognized by French colonial regime prior to transition to British sovereignty — Whether constitutional protection extends to aboriginal practices, customs and traditions of Quebec natives — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Quebec Act, 1774, R.S.C., 1985, App. II, No. 2 — Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

R. v. CÔTÉ, 139.

4. Aboriginal rights — Treaty right to fish — Division of powers — Natives entering a provincial controlled harvest zone by motorized vehicle — Provincial regulation requiring payment of fee for such entry — Fee directly tied to cost of roads and infrastructure — Entry by other modes of transportation free — Whether a provincial regulation infringing a treaty right to fish was of no force or effect given the overlapping statutory and constitutional protection extended to treaty rights from provincial legislation under both s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and s. 88 of the Indian Act — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88 — Regulation respecting controlled zones, R.R.Q. 1981, 370 (supp.), ss. 5, 5.1.

R. v. CÔTÉ, 139.

5. Charter of Rights — Search or seizure — Police officer stopping and searching appellants' truck several kilometres from Canada-U.S. border after receiving report that a vehicle had crossed at uncontrolled point of entry — Report containing no description of vehicle or passengers — Customs Act authorizing stop and search of vehicle where officer suspects on reasonable grounds that vehicle is or might be involved in smuggling — Whether officer had reasonable grounds to stop appellants — Whether appellants subjected to unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 99(1)(f).

R. v. JACQUES, 312.

6. Charter of Rights — Arbitrary detention — Police officer stopping and searching appellants' truck several kilometres from Canada-U.S. border after receiving report that a vehicle had crossed at uncontrolled point of entry — Report containing no

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

description of vehicle or passengers — Customs Act authorizing stop and search of vehicle where officer suspects on reasonable grounds that vehicle is or might be involved in smuggling — Whether officer had reasonable grounds to stop appellants — Whether appellants arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 99(1)(f).

R. v. JACQUES, 312.

7. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Accused charged with possession of marijuana for purpose of trafficking — Trial judge finding that warrantless search of accused's car violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Trial judge excluding marijuana found by police from evidence — Court of Appeal correct in directing that evidence be admitted — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. KESHANE, 413.

8. Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Trial judge excluding public and media from courtroom during part of accused's sentencing proceedings — Whether s. 486(1) of Criminal Code infringes freedoms of expression and of the press — If so, whether s. 486(1) justifiable in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1).

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL), 480.

9. Charter of Rights — Presumption of innocence — Right to fair and public hearing by independent and impartial tribunal — Waiver — Persons stopped for speeding convicted under provincial statutory provision because they failed to pay fine indicated in ticket and to appear in court at time stated in ticket — Whether provincial provision infringes rights guaranteed to persons charged with offences by s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 11(d) rights waived — Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987, c. P-22.1, s. 16.

R. v. RICHARD, 525.

10. Charter of Rights (freedom of religion (s. 2(a)) and equality rights (s. 15(1))) and Constitution Act, 1867 (education rights of Roman Catholics and Protestants in Ontario and Quebec respectively (s. 93)) — Education funding — Dissident religion-based schools — Secular and Roman Catholic schools receiving both funding and School Health Support Services for disabled students — Dissident religion-based schools receiving neither — Whether denial of funding to religion-based independent schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of funding to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion — If so, whether justified under

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

s. 1 — Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15(1), 27 — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2), (3), (4) — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 21(1)(a), (b), (2)(a), 70(1)(a), (b) — R.R.O. 1990, Reg. 552, ss. 13(1), 14(1), (2).

ADLER v. ONTARIO, 609.

11. Charter of Rights — Right to counsel — Accused should have been rewarned of right to counsel when there was a substantial change in his jeopardy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. PATERNAK, 607.

COURTS

Jurisdiction — Mortgagor defaulting on mortgage — Bank obtaining summary judgment against mortgagor and guarantor — Whether Court of Appeal exceeded its jurisdiction in setting aside judgment and dismissing action against guarantor.

MANULIFE BANK OF CANADA v. CONLIN, 415.

CRIMINAL LAW

1. Interception of private communications — Access to sealed packet — Access to recordings made during wiretap — Whether person who was under electronic surveillance but not subsequently charged may have access to sealed packet and to recordings made during wiretap — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 187(1)(a)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

MICHAUD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 3.

2. Blood test — Consent — Demand for blood test made of suspected impaired driver — Standard demand not mentioning requirements that assurances be made that the blood samples will only be taken by a qualified medical practitioner and that taking the samples would neither harm the suspect's health nor endanger the suspect's life — Whether the driver's consent was an essential element to be proved by the Crown in obtaining the driver's blood sample pursuant to s. 254(3) of the Criminal Code — Whether blood sample demand, absent the assurances, complied with the requirements of s. 254(4) of the Code — If not, what were the ramifications? — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3), (4), (5), 255(1), (2), 691(2)(a).

R. v. KNOX, 199.

CRIMINAL LAW—Continued

3. Fraud — Welfare — Sale of real property without informing social assistance authorities — Trial judge finding conduct not creating risk of privation exceeding \$1,000 and finding accused honestly believed circumstances had not changed so as to affect entitlement — Essential element of mens rea negated — Acquittal restored.

R. v. PARISÉ, 408.

4. Charge to jury — Defences — Intoxication — Trial judge's instructions as to defence of intoxication not in error or misleading when taken as a whole — Majority of Court of Appeal correct in dismissing issues raised as to unanimity and trial judge's remarks said to be inflammatory.

R. v. PITTMAN, 410.

5. Charge to jury — Self-defence — Provocation — Trial judge's charge to jury containing no reversible error.

R. v. LAVERTY, 412.

6. Exclusion of public from court — Trial judge excluding public and media from courtroom during part of accused's sentencing proceedings — Whether trial judge exceeded his jurisdiction in making such order — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1).

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL), 480.

7. Evidence — Crown disclosure — No prejudice to accused's right to full answer and defence — Proper consideration given to indicia of reliability and necessity in admitting the evidence.

R. v. BISCETTE, 599.

8. Identification — Robbery — Disguise with intent to commit indictable offence — Accused identified by eye witness — No palpable or overriding error on part of trial judge — Conviction upheld.

R. v. PELLETIER, 601.

9. Trial — Fairness — Trial judge not prejudging or appearing to prejudge credibility of witness — Accused not prevented from making full answer and defence — Crown's cross-examination not exceeding permissible limits.

R. v. SHERRY, 602.

10. Trial — Conspiracy to traffic in narcotics — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Trial judge not erring in refusing to allow accused to bring Charter application — Accused not denied right to make full answer and defence.

R. v. HOWELL, 604.

CRIMINAL LAW—Continued

11. Child abduction in absence of custody order — Elements of offence — Whether accused parent can be convicted of child abduction under s. 283(1) of Criminal Code when child not in possession of deprived parent at time of offence — Meaning of "takes" and "possession" — Whether defence contained in s. 284 of Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 283(1), 284.

R. v. DAWSON, 783.

12. Evidence — Hearsay — Exceptions — Evidence of children — Accused charged with sexual assault of two-and-a-half-year-old child — Child five years old at time of trial — Crown not calling child as witness but instead tendering out-of-court statements he had made to others — Whether trial judge erred in admitting hearsay statements without express inquiry into their necessity — Whether trial judge erred in admitting certain out-of-court statements without a voir dire — Whether trial judge erred in failing to charge jury on which statements it could use for truth of their contents and which went to credibility only — Whether verdict would necessarily have been the same — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. ROCKEY, 829.

13. Evidence — Witnesses — Competency and compellability — Spouses — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether common law rule of spousal incompetence should be modified in circumstances of case.

R. v. HAWKINS, 1043.

14. Evidence — Witnesses — Evidence previously taken — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether Crown should have been able to read preliminary inquiry testimony into evidence at trial under s. 715 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.

R. v. HAWKINS, 1043.

15. Evidence — Hearsay — Exceptions to hearsay rule — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether Crown should have been able to read preliminary inquiry testimony into evidence at trial as principled exception to hearsay

CRIMINAL LAW—Concluded

rule — Whether witness's prior statements satisfy necessity and reliability requirements.

R. v. HAWKINS, 1043.

16. Sexual offences — Motion to adduce fresh evidence dismissed — Court of Appeal's judgment dismissing accused's appeal upheld.

R. v. I. (R.R.), 1124.

17. Stay of proceedings — Trial judge erring in granting stay of proceedings — Court of Appeal justified in reviewing and reversing trial judge's exercise of discretion.

R. v. BRAMWELL, 1126.

18. Corruption — Elements of offence — Government official or employee — Accepting of a "commission, reward, advantage or benefit of any kind" — Provincial government employee's wife placed on payroll of company having dealings with government but never asked to do any work — Whether elements of offence proven — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121(1)(c).

R. v. HINCHEY, 1128.

19. Trial — Charge to jury — Conduct of trial — Whether trial judge's errors and persistent interference preventing accused from receiving fair trial — Whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. HINCHEY, 1128.

20. Evidence — Identification — Videotape recorded by security camera during robbery — Trial judge identifying accused in court as perpetrator of crime on basis of videotape — No corroborating testimony that accused was person depicted in tape — Whether videotape alone provides necessary evidence to enable trier of fact to identify accused as perpetrator of crime — If so, whether trial judge erred in circumstances of case in identifying and convicting accused solely on basis of videotape evidence.

R. v. NIKOLOVSKI, 1197.

DAMAGES

1. Moral prejudice — Evaluation — Role of functional approach in evaluating moral prejudice in Quebec civil law — Method of calculating moral damages.

QUEBEC (PUBLIC CURATOR) V. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

2. Moral prejudice — Solatium doloris — Whether solatium doloris a type of moral prejudice for which compensation available

DAMAGES—Concluded

under Quebec law — Assessment of prejudice — Applicable criteria — Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1056.

AUGUSTUS V. GOSSET, 268.

3. Right of parenthood — Victim mortally wounded by shot fired by police officer — Mother claiming damages for interference with her right of parenthood — Whether Charter of Human Rights and Freedoms or Canadian Charter of Rights and Freedoms protects right to maintain and continue parent-child relationship.

AUGUSTUS V. GOSSET, 268.

4. Loss of life or of life expectancy — Victim shot in head by police officer — Victim dying few hours later without regaining consciousness — Whether right to life guaranteed by Charter of Human Rights and Freedoms allows victim's mother to claim compensatory damages for loss of life or of life expectancy — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 49.

AUGUSTUS V. GOSSET, 268.

EVIDENCE

Class action — Applicable rules of evidence — Proof by presumptions of fact — Whether Code of Civil Procedure provisions relating to class actions have changed rules of evidence applicable in civil matters.

QUEBEC (PUBLIC CURATOR) V. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

MORTGAGES

Guarantee — Renewal agreement — Release of guarantor from liability — Mortgagor's husband guaranteeing mortgage — Mortgage clause providing that guarantors liable "as principal debtors and not as sureties" — Guarantee to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" — Mortgagor renewing mortgage at different interest rate — Renewal agreement not signed by guarantor — Whether guarantor waived equitable right to be released when principal loan renewed.

MANULIFE BANK OF CANADA V. CONLIN, 415.

MUNICIPAL LAW

Taxation — Business tax — Exemption — Legal Aid Bureau — Whether Quebec municipal commission's decision refusing to

MUNICIPAL LAW—Concluded

grant a business tax exemption to legal aid bureau patently unreasonable — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 236.

CENTRE COMMUNAUTAIRE JURIDIQUE DE L'ESTRIE V. SHERBROOKE (CITY), 84.

PRACTICE

Defective information — Amendment — Information indicating wrong section — Parties aware of infraction notwithstanding defect — Whether the information should be amended by this Court — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 601 — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 66(1), 82, 90, 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48.

R. v. CÔTÉ, 139.

TORTS

1. Damages — Personal Injury — Extent of liability — Pre-existing condition — Injuries suffered from two accidents — Injury complained of occurring during medically sanctioned exercise routine while recovering from second accident — Whether defendants fully liable.

ATHEY V. LEONATI, 458.

2. Negligence — Duty of care — Municipal liability — Municipality not enforcing building by-law — Building deficient — No duty of care owed.

HOSPITALITY INVESTMENTS LTD. V. EVERETT LORD BUILDING CONSTRUCTION LTD., 605.

TRIAL

1. Charge to jury — Sexual assault — Defence denying assault and providing both reasons for possible fabrication of accusation and an alibi to some alleged incidents — Trial judge charging jury only with issue of who perpetrated assault — On objection, jury recharged on whether an assault occurred and then on the issue of who perpetrated the alleged assault — Whether charge and recharge adequately dealt with theory of defence.

R. v. G. (R.M.), 362.

2. Exhortation to jury — Jury hung — Trial judge urging jury to consider the public expense of a new trial, the inconvenience to all participants, the hardship to the accused and the complainant and suggesting that the minority might want to reconsider what the majority were saying — Guilty verdict rendered short time later — Whether exhortation objectionable or improper.

R. v. G. (R.M.), 362.

3. Verdict — Standard for setting aside verdict — Whether standard with respect to exhortation should be any ground there was a miscarriage of justice (s. 686(1)(a)(iii)) or whether it should focus on whether an error of law was committed (s. 686(1)(a)(ii)) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), (iii).

R. v. G. (R.M.), 362.

INDEX

BANQUES

Actionnaires — Propositions — Assemblée annuelle des actionnaires — Un véritable propriétaire d'actions d'une banque peut-il soumettre des propositions en vue de les faire incorporer dans une circulaire de sollicitation de procurations envoyée par la direction de la banque? — Un véritable propriétaire d'actions est-il un «actionnaire habile à voter» au sens de l'art. 143(1) de la Loi sur les banques? — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 93(1), 143(1).

VERDUN C. BANQUE TORONTO-DOMINION, 550.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

1. Préjudice moral — Évaluation — Place de l'approche fonctionnelle dans l'évaluation du préjudice moral en droit civil québécois — Méthode de calcul des dommages moraux.

QUÉBEC (CURATEUR PUBLIC) C. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

2. Préjudice moral — Solatium doloris — Le solatium doloris est-il un type de préjudice moral qui peut faire l'objet d'une indemnisation en droit québécois? — Évaluation du préjudice — Critères applicables — Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1056.

AUGUSTUS C. GOSSET, 268.

3. Droits parentaux — Victime blessée mortellement par une balle tirée par un policier — Dommages réclamés par la mère pour atteinte à ses droits parentaux — La Charte des droits et libertés de la personne ou la Charte canadienne des droits et libertés reconnaissent-elles le droit de conserver et de continuer une relation parent-enfant?

AUGUSTUS C. GOSSET, 268.

4. Perte de vie ou d'expectative de vie — Victime atteinte à la tête par une balle tirée par un policier — Décès de la victime quelques heures plus tard sans qu'elle ait repris conscience — Le droit à la vie garanti par la Charte des droits et libertés de la personne permet-il à la mère de la victime de réclamer des dommages compensatoires pour perte de vie ou d'expectative de vie? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 49.

AUGUSTUS C. GOSSET, 268.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Crainte raisonnable de partialité — Valeurs mobilières — Citation délivrée contre l'appelant relativement à des contraventions à des règles et règlements administratifs en matière de commerce des valeurs mobilières — Tribunal constitué pour mener une enquête — Aucune crainte raisonnable de partialité découlant du mode de nomination des membres du tribunal.

KATZ C. VANCOUVER STOCK EXCHANGE, 405.

2. Commissions et tribunaux administratifs — Droit de trancher des questions de droit, y compris des questions constitutionnelles — Allégation de discrimination fondée sur l'âge examinée par la Commission des droits de la personne — Loi disposant qu'il n'y a pas discrimination fondée sur l'âge si l'âge de la retraite obligatoire est établie suivant la norme en vigueur dans le secteur — Recommandation de l'enquêteur nommé par la Commission que la plainte ne soit pas déferée devant un tribunal — La disposition permettant la discrimination fondée sur l'âge est-elle contraire aux dispositions sur l'égalité de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — La Commission a-t-elle le pouvoir implicite de déferer l'affaire à un tribunal et de se prononcer ainsi en substance sur la constitutionnalité de la disposition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15c).

COOPER C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE), 854.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Droits ancestraux — Autochtone pêchant sans permis dans une zone de pêche traditionnelle — Pour obtenir un permis, il faut demander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire — Le titre aurait été éteint soit par traité soit par suite de la submersion des terres visées — Les droits ancestraux se rattachent-ils intrinsèquement à la revendication d'un territoire? — Les revendications territoriales ne sont-elles que la manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852, art. 4(1), 5(9) — Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

R. C. ADAMS, 101.

2. Droits ancestraux — Autochtones enseignant les méthodes traditionnelles de pêche — Dépôt d'une accusation d'avoir pêché sans permis — L'incident s'est produit dans un territoire de pêche

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

traditionnel — Les droits de pêche ancestraux ou autres droits ancestraux sont-ils nécessairement des accessoires de la revendication d'un titre aborigène sur un territoire? — Un droit ancestral peut-il exister indépendamment d'une telle revendication? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

R. C. CÔTÉ, 139.

3. Droits ancestraux — Québec — Les droits ancestraux n'étaient pas reconnus par le régime colonial français avant la transition à la souveraineté britannique — La protection de la Constitution s'étend-elle aux coutumes, pratiques et traditions des autochtones du Québec? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Acte de Québec de 1774, L.R.C. (1985), app. II, n° 2 — Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

R. C. CÔTÉ, 139.

4. Droits ancestraux — Droit de pêche issu de traité — Partage des pouvoirs — Des autochtones sont entrés en véhicule automobile dans une zone d'exploitation contrôlée provinciale — Droits d'entrée requis par un règlement provincial — Droits directement liés aux coûts des infrastructures routières — Possibilité d'entrer gratuitement par d'autres moyens de transport — Un règlement provincial portant atteinte à un droit de pêche issu de traité est-il inopérant en raison de la double protection, de nature législative et constitutionnelle, dont jouissent, en vertu de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens, les droits issus de traités à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88 — Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), art. 5, 5.1.

R. C. CÔTÉ, 139.

5. Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie — Agent de police interceptant et fouillant la camionnette des appelants à quelques kilomètres de la frontière Canada-É.-U., après avoir reçu un rapport l'informant qu'un véhicule avait traversé à un passage frontalier non surveillé — Rapport ne donnant aucune description du véhicule ou des passagers — Loi sur les douanes autorisant un agent à intercepter et à fouiller un véhicule s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce véhicule sert ou pourrait servir à faire de la contrebande — L'agent avait-il des motifs raisonnables d'interpeller les appelants? — Les appelants ont-ils été soumis à une fouille, perquisition ou saisie abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 99(1)f).

R. C. JACQUES, 312.

6. Charte des droits — Détention arbitraire — Agent de police interceptant et fouillant la camionnette des appelants à quelques kilomètres de la frontière Canada-É.-U., après avoir reçu un rapport l'informant qu'un véhicule avait traversé à un passage frontalier non surveillé — Rapport ne donnant aucune description du véhicule ou des passagers — Loi sur les douanes autorisant un

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

agent à intercepter et à fouiller un véhicule s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que ce véhicule sert ou pourrait servir à faire de la contrebande — L'agent avait-il des motifs raisonnables d'interpeller les appelants? — Les appelants ont-ils été détenus arbitrairement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 99(1)f).

R. C. JACQUES, 312.

7. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Accusée inculpée de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — Juge du procès concluant que la fouille sans mandat de la voiture de l'accusée viole l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés — Juge du procès écartant de la preuve la marijuana découverte par la police — Cour d'appel ayant raison d'ordonner l'admission de cette preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. KESHANE, 413.

8. Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Le juge du procès a ordonné l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine de l'accusé — L'article 486(1) du Code criminel porte-t-il atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de la presse? — Dans l'affirmative, l'art. 486(1) est-il justifiable dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCUREUR GÉNÉRAL), 480.

9. Charte des droits — Présomption d'innocence — Droit à un procès public et équitable devant un tribunal impartial et indépendant — Renonciation — Personnes arrêtées pour excès de vitesse déclarées coupables conformément à une disposition législative provinciale parce qu'elles ont omis de payer l'amende prévue au billet de contravention et négligé de se présenter en cour au moment indiqué sur ce billet — Cette disposition provinciale porte-t-elle atteinte aux droits que l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit aux personnes inculpées? — Y a-t-il eu renonciation aux droits conférés par l'art. 11d)? — Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, art. 16.

R. C. RICHARD, 525.

10. Charte des droits (liberté de religion (art. 2a)) et droits à l'égalité (art. 15(1)) et Loi constitutionnelle de 1867 (droits à l'éducation des catholiques romains et des protestants en Ontario et au Québec respectivement (art. 93)) — Financement de l'éducation — Écoles confessionnelles dissidentes — Écoles laïques et catholiques romaines recevant des fonds et des services de santé pour enfants d'âge scolaire destinés aux élèves handicapés — Écoles dissidentes ne recevant pas ce financement et ces services — Le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Le refus de financer les écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 15(1), 27 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2), (3), (4) — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 21(1)a), b), (2)a), 70(1)a), b) — R.R.O. 1990, règl. 552, art. 13(1), 14(1), (2).

ADLER C. ONTARIO, 609.

11. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé aurait dû être informé à nouveau de son droit à un avocat lorsqu'il y a eu un changement important du risque qu'il courait — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. PATERNAK, 607.

DROIT CRIMINEL

1. Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Accès aux enregistrements obtenus durant l'écoute — Une personne qui a fait l'objet d'écoute électronique mais qui n'a pas été accusée par la suite peut-elle avoir accès au paquet scellé et aux enregistrements obtenus durant l'écoute? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187(1)(a)(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

MICHAUD C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 3.

2. Analyse sanguine — Consentement — Ordre de subir une analyse sanguine donné à un conducteur soupçonné d'avoir conduit en état d'ébriété — Ordre type ne comportant pas les garanties requises que les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié et que ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé du suspect — Le consentement du conducteur constituait-il un élément essentiel dont le ministère public devait faire la preuve pour obtenir l'échantillon de sang de ce conducteur conformément à l'art. 254(3) du Code criminel? — L'ordre de fournir un échantillon de sang, sans les garanties, satisfaisait-il aux exigences de l'art. 254(4) du Code? — Sinon, quelles en étaient les ramifications? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 254(3), (4), (5), 255(1), (2), 691(2)a).

R. C. KNOX, 199.

DROIT CRIMINEL—Suite

3. Fraude — Aide sociale — Vente d'un bien réel sans en informer les autorités responsables de l'aide sociale — Le juge du procès a conclu que cette conduite n'avait pas créé de risque de privation d'une somme supérieure à 1 000 \$ et il a statué que l'accusée croyait sincèrement que sa situation n'avait pas changé d'une manière influant sur droit à l'aide au revenu — Absence d'un élément essentiel de la mens rea — Acquiescement rétabli.

R. C. PARISÉ, 408.

4. Exposé au jury — Moyens de défense — Intoxication — Directives du juge du procès relativement au moyen de défense fondé sur l'intoxication n'étant, dans l'ensemble, ni erronées ni de nature à induire en erreur — Cour d'appel à la majorité ayant raison de rejeter les moyens invoqués touchant les directives sur l'unanimité et les remarques soi-disant incendiaires du juge du procès.

R. C. PITTMAN, 410.

5. Exposé au jury — Légitime défense — Provocation — Exposé du juge du procès au jury ne contenant aucune erreur justifiant annulation.

R. C. LAVERTY, 412.

6. Exclusion du public de la salle d'audience — Le juge du procès a ordonné l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine de l'accusé — Le juge du procès a-t-il outrepassé sa compétence en rendant cette ordonnance? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCUREUR GÉNÉRAL), 480.

7. Preuve — Communication de la preuve du ministère public — Aucun préjudice causé au droit de l'accusé à une défense pleine et entière — Indices de fiabilité et de nécessité pris en considération à bon droit en déclarant la preuve admissible.

R. C. BISCEITE, 599.

8. Identification — Vol qualifié — Déguisement dans un dessein criminel — Identification de l'accusé par un témoin — Aucune erreur manifeste ou déterminante de la part du juge du procès — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. PELLETIER, 601.

9. Procès — Équité — Le juge du procès n'a pas préjugé ni donné l'impression de préjuger de la crédibilité du témoin — L'accusé n'a pas été empêché de présenter une défense pleine et entière — Le contre-interrogatoire du ministère public n'a pas dépassé les limites du permissible.

R. C. SHERRY, 602.

DROIT CRIMINEL—Suite

10. Procès — Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants — Charte canadienne des droits et libertés — Le juge du procès n'a pas fait erreur en refusant de permettre à l'accusé de présenter une demande fondée sur la Charte — L'accusé ne s'est pas vu privé du droit à une défense pleine et entière.

R. C. HOWELL, 604.

11. Enlèvement d'enfant en l'absence d'ordonnance relative à la garde — Éléments de l'infraction — Le parent accusé peut-il être déclaré coupable d'enlèvement d'enfant en vertu de l'art. 283(1) du Code criminel lorsque l'enfant n'était pas en la possession du parent dépossédé au moment de l'infraction? — Sens des mots «takes» et «possession» — Le moyen de défense prévu à l'art. 284 du Code est-il applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 283(1), 284.

R. C. DAWSON, 783.

12. Preuve — Ouï-dire — Exceptions — Témoignage d'enfants — Accusé inculpé d'agression sexuelle contre un enfant de deux ans et demi — Enfant âgé de cinq ans au moment du procès — Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve des déclarations extrajudiciaires de l'enfant à d'autres personnes — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les déclarations relatées sans examiner de façon particulière leur nécessité? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant certaines déclarations extrajudiciaires sans tenir de voir-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant, dans ses directives, d'indiquer au jury celles des déclarations qu'il pouvait utiliser comme preuve de la véracité de leur contenu et celles qui avaient trait à la crédibilité seulement? — Le verdict aurait-il nécessairement été le même? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1b)(iii).

R. C. ROCKEY, 829.

13. Preuve — Témoins — Habilité à témoigner et contraignabilité — Conjoint — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner devrait-elle être modifiée dans les circonstances de l'espèce?

R. C. HAWKINS, 1043.

14. Preuve — Témoins — Témoignage recueilli antérieurement — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — Le ministère public aurait-il dû être autorisé à lire à titre de preuve au procès le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire conformément à l'art. 715 du

DROIT CRIMINEL—Suite

Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.

R. C. HAWKINS, 1043.

15. Preuve — Ouï-dire — Exceptions à la règle du ouï-dire — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — Le ministère public aurait-il dû être autorisé à lire à titre de preuve au procès le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire en application d'une exception de principe à la règle du ouï-dire? — Les déclarations antérieures du témoin satisfont-elles aux exigences de nécessité et de fiabilité?

R. C. HAWKINS, 1043.

16. Infractions d'ordre sexuel — Rejet d'une requête en production d'une nouvelle preuve — Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel rejetant l'appel de l'accusé.

R. C. I. (R.R.), 1124.

17. Arrêt des procédures — Le juge du procès a fait erreur en accordant l'arrêt des procédures — La Cour d'appel était justifiée de contrôler l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire et d'infirmar sa décision.

R. C. BRAMWELL, 1126.

18. Corruption — Éléments constitutifs de l'infraction — Fonctionnaire ou employé du gouvernement — Acceptation d'«une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature» — Épouse d'un employé du gouvernement provincial placée sur la liste de paye d'une compagnie ayant des relations d'affaires avec le gouvernement, mais dont les services n'ont jamais été requis — Les éléments constitutifs de l'infraction ont-ils été prouvés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121(1)c).

R. C. HINCHEY, 1128.

19. Procès — Exposé au jury — Conduite du procès — Les erreurs commises par le juge du procès et son intervention constante ont-elles privé l'accusé d'un procès équitable? — Les dispositions réparatrices sont-elles applicables? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1b)(iii).

R. C. HINCHEY, 1128.

20. Preuve — Identification — Bande vidéo enregistrée par la caméra d'un système de sécurité durant un vol qualifié — Le juge du procès a identifié l'accusé devant la cour comme étant l'auteur du crime en se fondant sur la bande vidéo — Aucun témoignage corroborant que l'accusé était la personne figurant sur la bande — Une bande vidéo apporte-t-elle, à elle seule, la preuve nécessaire pour permettre au juge des faits d'identifier l'accusé comme étant

DROIT CRIMINEL—Fin

l'auteur du crime? — Si oui, le juge du procès a-t-il commis une erreur, dans les circonstances de l'espèce, en identifiant l'accusé et en le déclarant coupable uniquement sur la foi de la preuve par bande vidéo?

R. C. NIKOLOVSKI, 1197.

DROIT MUNICIPAL

Taxation — Taxe d'affaires — Exemption — Bureau d'aide juridique — Le refus de la Commission municipale du Québec d'accorder l'exemption de taxe d'affaires au bureau d'aide juridique était-il une décision manifestement déraisonnable? — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 236.

CENTRE COMMUNAUTAIRE JURIDIQUE DE L'ESTRIE C. SHERBROOKE (VILLE), 84.

HYPOTHÈQUES

Cautionnement — Convention de renouvellement — Libération de la caution — Cautionnement de l'hypothèque par l'époux de la débitrice hypothécaire — Clause de l'hypothèque prévoyant que les cautions sont responsables «à titre de débiteurs principaux et non de cautions» — Cautionnement devant demeurer valide «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement [...] ou la modification de[s] conditions de paiement» — Débitrice hypothécaire renouvelant l'hypothèque à un taux d'intérêt différent — Convention de renouvellement non signée par la caution — La caution a-t-elle renoncé à son droit en equity d'être libérée lorsque le prêt principal a été renouvelé?

BANQUE MANUVIE DU CANADA C. CONLIN, 415.

LETTRES DE CHANGE

Chèques — Détournement — Moyens de défense — Aide-comptable des compagnies émettant une série de chèques frauduleux payables à des tierces parties pour ensuite les déposer dans ses comptes bancaires — Aide-comptable contrefaisant la signature des preneurs sur certains chèques — Autres chèques acceptés sans endossement par la banque d'encaissement — La banque d'encaissement est-elle responsable de détournement envers les compagnies? — Les chèques étaient-ils payables à des personnes fictives ou qui n'existaient pas? — La banque d'encaissement était-elle un détenteur régulier? — Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4, art. 20(5), 165(3).

BOMA MANUFACTURING LTD. C. BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE, 727.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Intégrité de la personne — Grèves illégales des employés d'un centre hospitalier pour déficients mentaux — Juge de première instance concluant que les bénéficiaires ont subi un préjudice d'inconfort temporaire — Y a-t-il eu atteinte à leur droit à l'intégrité de la personne? — Sens du mot «intégrité» — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1.

QUÉBEC (CURATEUR PUBLIC) C. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

2. Dignité de la personne — Grèves illégales des employés d'un centre hospitalier pour déficients mentaux — Juge de première instance concluant que les bénéficiaires ont subi un préjudice d'inconfort temporaire — Y a-t-il eu atteinte à leur droit à la dignité de la personne? — Sens du mot «dignité» — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 4.

QUÉBEC (CURATEUR PUBLIC) C. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

3. Dignité de la personne — Réparation — Dommages exemplaires — Grèves illégales des employés d'un centre hospitalier pour déficients mentaux — Juge de première instance concluant que les bénéficiaires ont subi un préjudice d'inconfort temporaire — Atteinte à la dignité des bénéficiaires — Y a-t-il lieu d'accorder des dommages exemplaires? — Sens de l'expression «atteinte illicite et intentionnelle» — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 4, 49.

QUÉBEC (CURATEUR PUBLIC) C. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

4. Droit à la vie — Réparation — Dommages compensatoires — Victime atteinte à la tête par une balle tirée par un policier — Décès de la victime quelques heures plus tard sans qu'elle ait repris conscience — Le droit à la vie garanti par la Charte des droits et libertés de la personne permet-il à la mère de la victime de réclamer des dommages compensatoires pour perte de vie ou d'expectative de vie? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 49.

AUGUSTUS C. GOSSET, 268.

5. Droit à la vie — Réparation — Dommages exemplaires — Victime blessée mortellement par une balle tirée par un policier — Juge de première instance concluant que le policier avait été négligent dans l'utilisation de son arme — L'atteinte illicite au droit à la vie de la victime était-elle intentionnelle? — Sens de l'expression «atteinte illicite et intentionnelle» — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 49.

AUGUSTUS C. GOSSET, 268.

6. Discrimination — Incapacité mentale — Assurance — Police d'assurance d'un employeur comportant un régime de remplacement du revenu pour les employés devenus incapables de travailler — En cas de maladie ou de déficience mentale, l'indemnité cesse d'être versée au bout de deux ans, sauf si l'employé demeure interné dans un établissement psychiatrique —

LIBERTÉS PUBLIQUES—Fin

Le régime est-il discriminatoire? — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 16(1).

BATTLEFORDS AND DISTRICT CO-OPERATIVE LTD. C. GIBBS, 566.

7. Audition impartiale par un tribunal indépendant — Tribunaux administratifs — Régie des permis d'alcool — Révocation de permis d'alcool pour cause d'atteinte à la tranquillité publique — Structure et mode de fonctionnement de la Régie — La Régie respecte-t-elle les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Domaine d'application de l'art. 23 de la Charte — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23, 56(1) — Loi sur les permis d'alcool, L.R.Q., ch. P-9.1, art. 2, 75, 86(8).

2747-3174 QUÉBEC INC. C. QUÉBEC (RÉGIE DES PERMIS D'ALCOOL), 919.

PRATIQUE

Dénonciation défectueuse — Modification — Dénonciation n'indiquant pas le bon article — Parties au courant de l'infraction malgré la dénonciation défectueuse — La Cour devrait-elle modifier la dénonciation? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 601 — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., ch. P-15, art. 66(1), 82, 90, 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48.

R. C. CÔTÉ, 139.

PREUVE

Recours collectif — Règles de preuve applicables — Preuve par présomptions de fait — Les dispositions du Code de procédure civile relatives aux recours collectifs ont-elles modifié les règles de preuve applicables en matière civile?

QUÉBEC (CURATEUR PUBLIC) C. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL ST-FERDINAND, 211.

PROCÉDURE CIVILE

Recours collectif — Autorisation — Apparence sérieuse de droit — L'intimé a été condamné à l'emprisonnement pour défaut de paiement d'amendes — L'intimé a demandé l'autorisation d'exercer un recours collectif sollicitant des dommages-intérêts contre le gouvernement pour violation de ses droits constitutionnels et de ceux d'autres personnes dans une situation analogue — L'intimé prétend que les dispositions législatives en matière de détermination de la peine portent atteinte tant à la charte canadienne des droits qu'à la charte québécoise — L'autorisation

PROCÉDURE CIVILE—Fin

devrait-elle être accordée? — L'intimé a-t-il été incapable d'établir une apparence sérieuse de droit? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003b).

GUIMOND C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 347.

PROCÈS

1. Exposé au jury — Agression sexuelle — Défense niant l'existence d'une agression et soumettant deux raisons à l'appui d'une possibilité de fabrication d'accusation et un alibi relatif à certains épisodes allégués — Exposé du juge du procès au jury ne portant que sur la question de l'auteur de l'agression — À la suite d'une opposition, nouvel exposé au jury sur la question de l'existence d'une agression et, ensuite, sur la question de l'auteur de l'agression alléguée — L'exposé au jury et le nouvel exposé qui a suivi ont-ils traité adéquatement la thèse de la défense?

R. C. G. (R.M.), 362.

2. Exhortation au jury — Jury dans l'impasse — Juge du procès pressant le jury de tenir compte des dépenses de fonds publics qui seraient occasionnées par un nouveau procès, des inconvénients qui seraient causés à tous les participants, des difficultés qui en résulteraient pour l'accusé et la plaignante, et laissant entendre que les jurés minoritaires pourraient vouloir réexaminer les propos des jurés majoritaires — Verdict de culpabilité rendu peu après — L'exhortation était-elle répréhensible ou incorrecte?

R. C. G. (R.M.), 362.

3. Verdict — Norme applicable pour annuler un verdict — La norme applicable à l'exhortation devrait-elle consister à déterminer si, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire (art. 686(1a)(iii)) ou consister à se demander si une erreur de droit a été commise (art. 686(1a)(ii))? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(ii), (iii).

R. C. G. (R.M.), 362.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Dommages-intérêts — Préjudice corporel — Étendue de la responsabilité — État préexistant — Blessures subies dans deux accidents — La blessure en cause s'est produite au cours d'un programme d'exercices autorisé par le médecin pendant que la victime se remettait du deuxième accident — Les défendeurs sont-ils pleinement responsables?

ATHEY C. LEONATI, 458.

2. Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité des municipalités — La municipalité ne fait pas respecter l'arrêté

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

en matière de construction — Bâtiment défectueux — Aucune obligation de diligence n'était due.

HOSPITALITY INVESTMENTS LTD. C. EVERETT LORD BUILDING CONSTRUCTION LTD., 605.

TRIBUNAUX

Compétence — Défaut de paiement de l'hypothèque de la part de la débitrice hypothécaire — Banque obtenant un jugement

TRIBUNAUX—Fin

sommaire contre la débitrice hypothécaire et la caution — La Cour d'appel a-t-elle excédé sa compétence en infirmant le jugement et en rejetant l'action intentée contre la caution?

BANQUE MANUVIE DU CANADA C. CONLIN, 415.



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

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